

LE
MANDAT DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue, le 11 juin 1932, à 14 heures

PAR

G. G. CONSTANDAKY

Président de thèse : M. COLLINET, Professeur

<i>Suffragants</i>	{	MM. FLINIAUX REGNAULT	{	<i>Professeurs</i>
--------------------	---	--------------------------	---	--------------------

PARIS

LES EDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

100, RUE SAINT-JACQUES

1932

THÈSE POUR LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver
les opinions émises dans les thèses, ces opinions
doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.***

LE
MANDAT DE CRÉDIT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue, le 11 juin 1932, à 14 heures

PAR

G. G. CONSTANDAKY

Président de thèse : M. COLLINET, Professeur

Suffragants { MM. FLINIAUX
REGNAULT } *Professeurs*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON et Cie

160, RUE SAINT-JACQUES

—
1932



AVERTISSEMENT

Les textes dont l'authenticité a été mise en doute par la doctrine sont toujours cités avec renvoi à l'*Index Interpolationum* (ou aux *Supplementa* et *Nova Supplementa adnotationum ad Digesta* de Krüger) mais les corrections proposées par les auteurs ne sont reproduites que lorsqu'elles intéressent directement le sujet traité.

INTRODUCTION

I

L'opération par laquelle quelqu'un consent à devenir créancier d'une personne déterminée, sur l'ordre et aux risques d'une troisième personne, constitue un mandat de crédit.

Ainsi, le mandat de crédit ne se limite pas au cas présumé, par les Institutes de Justinien, 3.26.5, du prêt d'argent fait sur mon ordre par Titius à Seius ; pour en être la plus usuelle, cette application est cependant loin d'être la seule. Lorsque, au lieu d'avancer une somme d'argent dans ces conditions, Titius exécutera, par exemple, l'ordre de se porter fidéjusseur pour Seius ou de lui acheter un fonds¹, ces diverses opérations, comme d'ailleurs toutes celles qui tendraient à faire obtenir un crédit à Seius, en conséquence d'un ordre reçu et accompli par Titius, pourront s'analyser comme des mandats de crédit. Il est donc aisé de voir combien est vaste la sphère d'application de notre institution ; cette conception extensive se trouvant en parfait accord avec le sens très large, communément attribué aux mots *creditum*², *pecunia*³, *pecunia credita*.

1. Inst., 3.26.3.

2. Accarias, *Précis*, 4^e édition, page 379.

3. Ulpien, l. 49, ad. sab., D. 50.16.178ter: « *Pecuniae verbum non solum muneratam pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, hoc est omnia corpora...* »

De plus, la fréquence et la diversité des textes se rapportant à ce genre d'opérations nous apprend qu'elles étaient d'un usage constant ; aussi convient-il de se demander ce que les Romains, ou du moins ceux de l'époque classique, entendaient par un mandat *pecuniae credendae*, c'est-à-dire quelle est sa nature juridique, quel est le fondement des obligations qui en dérivent ?

Si l'on considère le nom de cette institution, sa forme, son essence même qui est de faire accomplir par autrui ce que l'on ne veut, ou que l'on ne peut accomplir soi-même (en l'espèce l'octroi d'un crédit), c'est bien en présence d'un mandat qu'il nous semble être.

D'autre part, si l'on envisage le but de l'opération, qui est de faire obtenir un crédit à autrui, sa conséquence, qui est de garantir ce crédit, et en un mot tout l'objet économique de l'acte, nous sommes fort tentés de le comparer à un cautionnement.

Si, enfin, l'on observe que le mandat de crédit présente des déviations aux règles tant du mandat que du cautionnement, l'on peut être tenté de le concevoir, comme constituant une opération d'un genre particulier, vivant d'une existence propre, en marge du cautionnement d'une part, en marge du mandat de l'autre.

Ces différentes manières de voir, qui ne sont d'ailleurs que les plus caractéristiques parmi toutes celles que la doctrine a énoncées, ont divisé et divisent profondément les auteurs, car elles n'ont pas seulement l'intérêt de simples spéculations théoriques, ou de controverses d'écoles, mais encore en argumentera-

t-on pour accorder ou pour nier certains effets à ces contrats ¹.

Il importera par conséquent de considérer, avant de poursuivre cette étude, l'évolution de la doctrine par rapport au mandat de crédit, comme aussi de déterminer ses tendances actuelles.

II

Le mandat de crédit et la doctrine. — La ressemblance des effets du cautionnement et de ceux du *mandatum pecuniae credendae* avait conduit les plus anciens auteurs à affirmer l'identité de ces deux institutions ; tout au plus, Cujas et son école distinguaient-ils deux différences dues l'une à la forme de l'opération, l'autre au principe qui exige que le mandat de crédit précède toujours l'acte à garantir. Encore, à tout bien considérer, la seconde de ces différences n'est-elle qu'une conséquence de la première. De même, lorsque Cujas insiste sur ce que, par mandat de crédit, on peut garantir pour un absent, tandis que par cautionnement on ne le saurait faire ¹, c'est encore d'une dissemblance résultant de la forme qu'il s'agit.

C'est dans le même sens que s'exprimaient Stry,

1. En France, l'ancienne et totale désaffection du droit, pour le mandat de crédit correspond à une certaine indifférence de la doctrine, mais il en est tout autrement en Allemagne, où l'existence de l'institution dans plusieurs législations provinciales, notamment en Saxe et en Prusse, et finalement son incorporation au C. c. de l'Empire allemand, ont tenu éveillée, à son égard, l'attention de la doctrine. Quoique en de moindres proportions, il en va de même en Suisse.

2. Cujas, *Opera Omnia* (édition de Naples 1722), tome II, page 555.

Bachov, Just Henning et Böhmer, frappés surtout par l'antériorité du mandat par rapport à l'acte garanti.

Il nous faut arriver à Glück¹ et à Gesterding² qui, quoique définissant encore le mandat de crédit un cautionnement anticipé, commencent à faire certaines distinctions en plus de celles admises jusqu'alors. Gesterding, notamment, observe que la cession d'actions au bénéfice du garant qui a payé s'opère différemment et au nom de principes différents dans les deux opérations. Pourtant, Thibaut³ ne verra encore qu'un cautionnement anticipé et rien d'autre dans le mandat de crédit⁴.

Mais déjà une nouvelle orientation de la doctrine s'amorçait, et Girtanner⁵ enseignait que, s'il existe une ressemblance interne entre cautionnement et mandat de crédit, une dissemblance subsiste qui, pour être externe et formelle, n'en a pas moins les plus profondes conséquences.

Bientôt, la réaction contre l'ancienne manière de voir se précise, et avec Stammler⁶, l'on nous affirme qu'un *mandatum pecuniae credendae* n'est rien d'autre qu'un mandat, d'une structure particulière peut-être, mais néanmoins un mandat.

1. Glück, *Commentaire* (traduction italienne, Milan, 1904), tome XIV § 920 note 30.

2. Gesterding, *Neue und alte Irrtümer*, Greifswald, 1818, p. 185-194.

3. A. F. J. Thibaut, *System des Pandekten Rechts*, Iena, 1818, § 940, p. 331, note .

4. C'est donc à tort que M. Bortolucci (*Il Mandato de credito*, *Bullettino dell'Istituto de diritto romano*, n° 27-28. 1915-1916, p. 131) place Thibaut parmi les partisans du système mixte.

5. Girtanner, *Die Burgschaft nach gemeinen Civilrecht*, Iena, 1851, p. 196 et suiv.

6. Stammler, *Der Garantievertrag*, dans *Archiv für die civilistische Praxis*, n° 69 (1885), page 68 et ss (particulièrement p. 71) .

Enfin, Geib¹ écrit que c'est bien du contrat du mandat que procèdent les obligations du mandant et du mandataire dans le mandat de crédit et qu'au surplus ces obligations ne diffèrent guère de celles qui naissent d'un mandat ordinaire. Mais une opinion aussi absolue devait par cela même appeler une nouvelle réaction.

On essayait, en Allemagne, de créer, sous l'influence d'Arndts², une théorie générale du cautionnement ; Arndts croyait qu'un mandat de crédit est un acte qui ne diffère pas essentiellement du cautionnement, et qu'au surplus il existait à Rome une tendance à l'unification du droit général du cautionnement dont la fidéjussion, le pacte de constitut et le mandat de crédit n'eussent été que des formes différentes. C'est d'une rapide mais totale évolution de cette théorie que naquit le système mixte, dont la carrière devait être brillante ; selon ce système, il faut, dans l'existence d'un mandat de crédit, distinguer deux phases : 1° Une première époque qui, commençant à la conclusion du contrat, prend fin à l'octroi du crédit, pendant laquelle l'opération s'analyse comme un mandat, obéissant en tout aux règles propres à ces contrats ; 2° une seconde époque, à partir de l'octroi du crédit, pendant laquelle l'opération est analogue à un cautionnement, pouvant en conséquence se trouver régie par des principes étrangers parfois à ceux du droit du mandat. Cette théorie connut un grand succès

1. Geib, *Zur Dogmatik des Römischen Burgschafts recht* (Tübingen, 1894), p. 149-176 (plus spécialement, p. 150-162).

2. Arndts, *Pandekten*, (13^e éd., Stuttgart, 1886), § 353 p. 683.

et jouit pendant longtemps de l'assentiment de la majorité de la doctrine. Ainsi, en France, M. Cuq semble s'y rallier lorsque, après avoir signalé certains effets caractéristiques au mandat, il nous dit que le mandat de crédit ne prend un véritable aspect de cautionnement qu'après avoir été exécuté, et non pas dès sa formation¹. En Allemagne, ces opinions, soutenues par Brinz², Wächter³ et surtout par Dernburg⁴, réussirent à s'affirmer suffisamment pour prévaloir lors de la rédaction du Code civil de l'Empire allemand.

Le premier projet de ce Code adaptait au mandat de crédit les règles du cautionnement, tout en excluant de manière expresse l'application de celles du mandat. Cette conception, qui tendait à faire du mandat de crédit un simple doublet du cautionnement et, partant, à créer une institution parfaitement inutile, en méconnaissance à la fois de son évolution historique et de son rôle pratique pourtant bien distinct, ne manqua pas de soulever de vigoureuses critiques et notamment celles de Rothenberg⁵, qui influença fortement la rédaction du second projet dont nous tenons l'actuel article 778 du Code civil de l'Empire allemand :

« ART. 778⁶. — Quiconque donne mandat à autrui

1. Cuq, *art. Intercessio*, dans : *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, tome III, page 551-556.

2. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten* (1882), tome II, § 257, page 194 à 196.

3. Wächter, *Pandekten*, tome II (Leipzig, 1881), p. 453, annexe 2.

4. Dernburg, *System des Römischen Rechts* (Berlin, 1912), § 334, p. 170 et ss.

5. Rothenberg, *Der Kreditauftrag* (dans *Archiv f. d. Civilistische Praxis*, n° 97 (1891), p. 323-347).

6. Traduction de l'Office de législation étrangère et de droit international (Paris, 1923).

d'ouvrir un crédit à un tiers, en son propre nom et à son propre compte, répond à titre de caution envers le mandataire, pour l'engagement du tiers résultant de l'ouverture du crédit. »

Il est à remarquer qu'ainsi rédigé l'article, non seulement ne fait plus d'allusions négatives quant aux règles du mandat, mais encore semble limiter l'application de celles du cautionnement au cas où du contrat résulterait l'engagement d'un tiers envers le mandataire¹. Les interprètes² ont été quasi unanimes à en conclure, comme aussi le Tribunal d'Empire³, que l'opération sera régie par les règles propres aux mandats avant l'octroi du crédit. Par conséquent, pour la formation du contrat, la rédaction d'un écrit ne sera pas nécessaire, alors que cet écrit est exigé en matière de cautionnement par l'article 766⁴; de même, si l'engagement du tiers s'avère ne pas être valable, c'est en vertu du mandat que le mandant restera tenu envers le mandataire, tandis qu'en pareil cas, l'engagement d'une caution serait nul.

C'était donc un complet triomphe du système mixte que consacraient tant le code que son interprétation; il n'en allait pas autrement en Suisse dont le code civil consacre les articles 408 à 411 au mandat de crédit. Plus explicite encore que la législation allemande, l'article 409 du code civil suisse porte que le mandant

1. Förster, *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1903), p. 170-206.

2. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Münich, Berlin, Leipzig, 1923), t. II, p. 1523-1526.

3. Tribunal d'Empire, 3^e chambre, 31 janvier 1902 (*Deutschen Juristen Zeitung*, n° 7, p. 168). Cité par Weidemann, *Der Kreditauftrag*, dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, t. 53 (1903), p. 434.

4. Staudinger, *op. cit.*, p. 1524, note A.

ne pourra opposer au mandataire l'incapacité de contracter du tiers ; en échange, les conséquences du principe y sont moins poussées, et l'article 408 *in fine* exige la déclaration écrite du mandant¹. Ce système mixte ne se trouvait cependant pas au-dessus de toute attaque. Avant même que les travaux du Code ne fussent achevés, Sokolowski², toujours sous l'influence d'Arndts, arrive à des conclusions différentes. Pour lui, le mandat de crédit n'est ni un mandat ni un cautionnement, mais une opération d'un genre particulier, qu'il nomme « *Mandatsbürgschaft* », constituée par un mandat nul, parce que *tua gratia* accompagné d'une promesse de garantie destinée à le rendre valable. A peu de chose près, c'est dans le même ordre d'idées que se trouve v. Thur³, mais ce n'est qu'avec Förster que cette doctrine atteint à son plein développement, tendant à devenir dominante. Tandis que ses devanciers Sokolowski et v. Thur, tout en individualisant le mandat de crédit, rattachaient encore la plupart de ses effets à sa forme de mandat, Förster l'en sépare d'une manière à peu près complète. C'est de son propre principe que découleront les effets obligatoires du mandat de crédit, institution originale pour laquelle il propose le nom de « *Kreditgarantiegeschäft* » et qu'il pense devoir être dans une classification systématique le type des contrat de garantie « relatifs », cela par opposition au cautionnement⁴.

1. Haberstich, *Manuel du droit fédéral des obligations* (traduction Ch. Gillieron, 1886), t. 2, p. 295-301.

2. Sokolowski, *Die Mandatsbürgschaft nach Römischen und gemeinen Recht*, p. 9 et ss, (Halle, 1891).

3. A. v. Thur, *Actio de in rem verso* (Leipzig, 1895).

4. Förster, *op. cit.*, p. 151 et ss.

Depuis, il a encore été renchéri sur cette théorie, et Partsch¹ n'admettra même plus certaines ressemblances entre les effets du mandat de crédit et ceux du mandat ordinaire, il niera par exemple l'existence de l'action *mandati directa* en quelque fonction que ce soit.

Malgré l'importance incontestable de ces opinions, la littérature allemande continue à être très riche en notre matière, les opinions les plus diverses s'y faisant jour. Ainsi, tandis que certains, tel Eccius², n'imaginent le mandat de crédit que comme une déclaration unilatérale de volonté, d'autres, comme Lipmann³, le conçoivent identique à la fidéjussion d'un crédit futur, ou bien encore, comme Weidemann⁴, nous affirment que ce n'est qu'un mandat et même un mandat dans l'intérêt du mandant.

Il nous reste à signaler l'opinion de Bortolucci qui a brillamment tenté de réfuter les conclusions de Förster. Cet auteur ne note aucune différence entre la structure du mandat de crédit et celle du mandat ordinaire ; entre eux, nous dit-il, il n'existe qu'une dissemblance d'objets⁵.

En présence d'opinions à tels points divergentes, il ne nous reste que d'aller à notre tour aux textes ; nous

1. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio*, t. I, p. 161 et 162 (et notes).

2. Eccius, *Verbürgung für eine Künftige Schuld und Kreditmandat* (dans, *Beiträge zur Erläuterung des Preussischen Recht durch Theorie und Praxis*, de Gruchot).

3. Lipmann, *Der Kreditauftrag des B. G. B.* (dans *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, t. 48 (1904), p. 314 et ss., particulièrement p. 398).

4. Weidemann, *Der Kreditauftrag* (dans *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. 53 (1903).

5. Bortolucci, *op. cit.*, p. 188. Il convient dès à présent de rendre spécialement hommage à cet ouvrage qui fut au cours de notre propre étude un guide souvent sûr et toujours précieux.

tâcherons moins d'y voir si le mandat de crédit peut à la rigueur entrer dans une classification logique ou systématique que nous n'essaierons de dégager la notion même d'une institution éminemment pratique et d'usage courant, institution qui permettra aux parties d'atteindre un but voisin de celui du cautionnement, tout en se ménageant les inestimables avantages des contrats de bonne foi.

CHAPITRE PREMIER

LA NATURE JURIDIQUE DU MANDAT DE CREDIT

Nous diviserons l'étude de la nature juridique du mandat de crédit en trois sections. Nous nous attacherons dans les deux premières à voir si certains principes essentiels aux mandats empêchent qu'un mandat *ut Titio credas* se puisse former valablement à l'intérieur de cette catégorie de contrats ; la troisième section sera consacrée à l'examen des dérogations que le mandat de crédit pourrait présenter par égard aux règles et effets habituels des mandats.

SECTION I

MANDAT DE CRÉDIT ET MANDAT « TUA GRATIA »

Suivant la personne dans l'intérêt de laquelle il était conféré, les Romains divisaient le mandat en plusieurs catégories. Les textes présentent trois classifications qui peuvent au premier abord paraître différentes.

La première de ces divisions est de Gaius dans ses *Institutes*, III, 155 : « *Mandatum consistit sive nostra*

gratia mandemus, sive aliena... », 156, « *Nam si tua gratia tibi mandem supervacuum est mandatum...* »

C'est donc une classification tripartite du mandat selon qu'il est : 1° *Mea*, 2° *aliena* ou 3° *tua gratia*.

La seconde division nous est donnée, toujours par Gaius, mais cette fois au second livre des *Res cottidianae*, reproduit au Digeste, 17.1.2, pr. : *Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena quod si tua tantum gratia tibi mandem supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur*¹. »

Combinant entre elles les trois formes signalées dans ses *Institutes*, Gaius établit cette fois six sortes de mandats : 1° *Mea*, 2° *mea et aliena*, 3° *mea et tua*, 4° *aliena*, 5° *aliena et tua*, 6° *tua gratia*.

A son tour, Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1., *mandata utili lege Aquilia eum teneri*². »

1. Cette même classification se trouve à peu de chose près, reproduite par les *Institutes* de Justinien, III, 26. *De mand. pr.* : « *Mandatum, contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua et aliena, sive tua et aliena a si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio [nec mandati inter vos actio] nascitur.* »

D'après Mancaleoni : « *Mandatum tua gratia e consilium* » (dans *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, t. 27 (1898), p. 380, c'est ce texte des *Institutes* qui serait le plus pur, mais selon Ferrini (*Sulle Fonti delle Istituzioni di Giustiniano* paru premièrement dans *Buletino d. dir. rom.*, n° 13 (1900), p. 181; *Opere*, t. 2, p. 394), le texte correspondant du Digeste serait plus rapproché de l'original, car la classification des *Institutes* étant la meilleure et la mieux énoncée, si elle s'était trouvée dans Gaius les compilateurs du Digeste n'auraient eu aucun raison pour la repousser; que l'on se range à l'un ou l'autre de ces avis, il n'y a cependant aucune raison pour croire que la classification du mandat en six catégories puisse être de source justinienne comme le font, mais sont seuls à le faire, v. Thur (*op. cit.*, p. 104) et Förster (*op. cit.*, p. 99 et s.). En effet les six catégories des *Institutes* et du Digeste, ne font que résulter de la combinaison des trois catégories exposées par Gaius dans ses Inst. 155-156, et ce développement est très plausible si l'on considère que les *Res cottidianae* devaient être moins sommaires que les laconiques *Institutes*. (Cf. infra p. 35 n. 2).

« § 4. *Si tibi mandavero quod mea non intererat...* »

« § 5. *Plane si tibi mandavero quod tua intererat...* »

Pour Ulpien il existe, par conséquent, des mandats :

1° « *Quod mea intererat* », correspondant, dans la seconde classification de Gaius, aux trois premières formes ; 2° des mandats : « *Quod mea non intererat* », correspondant à la quatrième et à la cinquième ; 3° le mandat : « *Quod tua intererat* », équivalent au « *tua gratia* ».

Il est très important pour nous de savoir à laquelle de ces différentes formes se rattache le mandat de crédit. C'est une opinion très répandue que le mandat *ut Titio credas* est un mandat *tua gratia* ; cette manière de voir conduit infailliblement à décider, soit avec un premier groupe d'auteurs, qu'il existait à Rome, en contradiction avec les textes, des mandats *tua gratia*, valables sous certaines conditions difficiles à déterminer ; soit, avec un second groupe, que le mandat *tua gratia* étant nul, notre opération emprunte son effet obligatoire à une promesse de garantie qui lui serait adjointe. Aussi nous proposons-nous de démontrer que : A) Le mandat *tua gratia* est toujours nul ; B) le mandat de crédit n'est pas un mandat *tua gratia*, mais un mandat *aliena*, ou *aliena et tua gratia*.

A) *Le mandat tua gratia est toujours nul.* — Quoique le mandat *tua gratia* ait toujours été tenu en principe pour nul, les auteurs avaient depuis longtemps remarqué certains textes semblant présenter des exemples de mandats purement dans l'intérêt du mandataire et cependant valables ; il en avait été fréquemment conclu que, sous certaines conditions (intention

du mandant de s'obliger, ou encore, démonstration que le mandataire n'aurait pas agi sans ordre), ce mandat pouvait être valide. Mais, en acceptant cette opinion, l'on devait être tenté de l'étendre au conseil, car les textes assimilent souvent, dans son improductivité d'effets juridiques, le mandat *tua gratia* au simple conseil ; pourquoi, dès lors, ne pas admettre sous vérification des mêmes conditions la valeur juridique de ce dernier ? C'est d'ailleurs à cet avis que se rangèrent beaucoup d'auteurs, mais dont la plupart sont déjà anciens. Ainsi Thibaut¹, Cocceji², Sintennis³ se contentaient, pour en admettre l'effet obligatoire, que le mandataire ou le conseillé puissent démontrer que le mandat ou le conseil ont été le motif déterminant de leur action ; d'autres, comme Höpfner⁴, Tewes⁵, Unterholzner⁶, Sokolowski⁷ demandaient que l'intention de s'obliger du mandant se traduise par une sorte de promesse de garantie. Enfin, Dernburg⁸ réunissait les deux conditions en exigeant un pacte de garantie adjoint, résultant d'une affirmation faite par le mandataire qui spécifiait ne consentir à agir qu'en tant qu'il est conseillé, affirmation que le mandant

1. Thibaut, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (Iena, 1817, p. 121 et 122); Bortolucci (*op. cit.*, p. 137) se trompe donc en le rangeant parmi les auteurs qui demandent la vérification des deux conditions sus énoncées.

2. Cocceji, *Jus civile controversum* (Leipzig, 1791), t. I, l. 17, tit. 1, p. 802.

3. Sintennis, *Das praktische Gemeine Civilrecht*, t. 2, § 113, n° 16.

4. Höpfner, *Commentar über die Inst.* (Francfort A. M., 1818), § 919, p. 691.

5. Tewes, *Haftung aus Rath und Empfehlung* (*Arch. für d. civ. Praxis*, n° 51 (1868), p. 40).

6. Unterholzner, *Lehre von das Schuldverhältnisse*, t. 2, page 590 (Leipzig, 1840).

7. Sokolowski, *op. cit.*, p. 53.

8. Dernburg (Sokolowski), *Pandekten* (1912), tome 2, p. 794 et 795 (notes 7 et 8).

devrait laisser sans réponse. Cependant, tous ces auteurs ne purent jamais prouver l'identité du conseil et du mandat *tua gratia* et de plus, la nullité du conseil étant par trop catégoriquement proclamée dans les textes, on risquait, à trop vouloir assimiler les deux institutions, d'arriver à reconnaître la nullité générale du mandat *tua gratia* lui-même. Aussi, une autre partie de la doctrine enseigne-t-elle que si mandat *tua tia* et conseil s'identifient en l'improductivité d'obligations, ils diffèrent en tant que concepts, aussi ne faut-il point étendre au conseil les textes d'exceptions relatifs au mandat *tua gratia*¹.

a) Quoi qu'il en soit², nous croyons que le conseil est toujours nul, les textes qui l'affirment abondent : Gaius, l. 2, *cotidianarum*, D. 17.1, *mandati* 2, § 6 : « *Quia nemo ex consilio obligatur etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium.* »

Ce texte se trouve reproduit aux Institutes, 3.26 *de mand.* 6. Les mêmes opinions sont exprimées par Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. h. t. 10, § 7 ; 50.14, *De prox.* 2 ; 50.17, *De diversis reg. jur. ant.*, 47 pr.

Au plus le conseil ne peut être que l'un des éléments de l'ensemble des motifs d'agir et, comme tel, ne saurait être pris en considération par le droit ; il est au contraire évident que si le conseil était donné dolosivement, le conseiller sera tenu, mais alors ce n'est

1. Dans ce sens, Rosshirt, *Gem. deutsches Civil Recht* (Heidelberg, 1840), tome 2, p. 541 ; Vangerow, *Lehrbuch d. Pandekten*, tome 3 p. 493 et notes ; Mancaloni, *Mandat i. gr. e. consilium*, p. 367 et ss.

2. Pour la très abondante littérature suscitée par ces discussions, voir Sokolowski, *op. cit.*, p. 40 et ss.

pas du conseil que naissent ses obligations, mais du dol, ainsi que cela nous est affirmé par Ulpien dans les trois textes cités plus haut, par Gaius, l. 4, *ad. ed. prov.*, D. 4.3.8, et par Pomponius (cité par Ulpien), l. 11, *ad. ed.*, D. 4.3.7, § 10 : « *Idem Pomponius refert Caecidianum praetorem non dedisse de dolo actionem adversus eum, qui adfirmaverat idoneum esse eum, cui mutua pecunia dabatur, quod verum est [nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari]* ¹. »

Le texte que l'on oppose généralement pour démontrer une responsabilité issue du conseil est le suivant :

Ulpien, l. 23, *ad. ed.*, D. 11.3, *de serv. cor.* 3, § 1 : « *Unde quaeritur, si quis servo alieno suasserit in tectum ascendere vel in puteum descendere et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit crusque vel quid aliud fregerit vel praeierit, an teneatur : et si quidem sive dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo, tenebitur.* »

Idem, § 4, Paul, l. 19, *ad. ed.* : « *Sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri* ². »

En dehors du fait de savoir si le fragment du Paul est interpolé ³ ou du moins déplacé ⁴ par les compila-

1. Pernice avait signalé depuis longtemps la partie finale du texte, comme étant de source post-classique, car ainsi que le remarque encore Bortolucci, *op. cit.*, p. 139 (note), « il ne s'agissait pas de savoir si l'affirmation contenait une grande ou une petite tromperie, mais simplement si d'une affirmation peut naître l'action de dol. » Cet avis n'est cependant pas unanimement partagé. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er} col. 49.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 146.

3. Rotondi, *Scripti giuridici*, t. II (Albertario), p. 475, n. 4 : « Si l'interpolation de l'*a. utilis* est indiscutable du point de vue formel dans le D. XI, 3-4, il est toutefois certain que du point de vue substantiel elle était accordée dans cette espèce par Gaius, 3.219. »

4. Bortolucci, *op. cit.*, p. 138.

teurs et par là détourné de son sens primitif, il est certain qu'il se traite en cette série de textes de la responsabilité quasi aquilienne et non pas du conseil.

Si d'être le motif d'un acte ne peut avoir pour effet de conférer une existence juridique au conseil, en serait-il du moins autrement au cas où une promesse de garantie l'accompagnerait ? Il convient de faire avant tout observer qu'à l'époque classique, une pareille promesse ne saurait consister valablement qu'en une stipulation¹ et en ce cas ce n'est pas du conseil, mais de cette dernière opération, que dériveront tous les rapports obligatoires.

En généralisant ces constatations, nous affirmerons : chaque fois qu'entre conseiller et conseillé il existe un lien de droit, celui-ci ne procède pas du conseil mais d'une cause objective qui lui est étrangère².

b) *Le mandat tua gratia*. — Les théories concernant cette sorte de mandat ont été tant soit peu rajeunies en Italie il y a une trentaine d'années, par Mancaleoni et Segré. Pour le premier de ces auteurs, un mandat *tua gratia* se distingue d'un conseil par l'*animus sese obligandi* du mandant et quand, en plus de cela, on pourra déterminer que le mandataire n'eût pas agi sans le mandat, ou qu'en agissant il a cru le faire pour accomplir le mandat, celui-ci sera valable³.

1. Cf. Geib, *op. cit.*, pp. 166-167, et Bortolucci, p. 139.

2. Dans les pays de langue allemande, les longues controverses, au sujet des effets du conseil, ont conduit le législateur à le prévoir spécialement. Le § 676 du Code civil allemand déclare, en termes catégoriques, son absolue improductivité d'effets juridiques. (Pour un exposé complet de la matière, voir Evert, *Haftung aus Rath, Auskunft und Empfehlung nach bürgerlichem Recht*, Magdebourg, 1904.) Le Code civil autrichien, dans son § 1300, est plus sujet à interprétation : « Un expert est responsable s'il a donné, par négligence, un conseil dommageable, rentrant dans ses attributions et rémunéré. En dehors de ce cas, celui qui donne un conseil n'est responsable que du dommage qu'il cause sciemment. »

3. Mancaleoni, *op. cit.*, p. 375.

Segré¹ croit au contraire que si le mandat *tua gratia* est généralement nul, c'est qu'on y sous-entend la volonté du mandant, de ne pas être responsable des suites de son ordre ; quand donc cette responsabilité se trouve expressément assumée, l'opération est valable comme tout mandat ordinaire. Le manque d'intérêt du mandat ne saurait être objecté, nous dit Segré, puisque ce manque d'intérêt est le même dans un mandat *aliena gratia*, lequel est pourtant reconnu valable². Il est à peine utile de faire remarquer combien les prémisses de ce raisonnement sont discutables puisque, dans un mandat *aliena gratia*, il restera toujours au mandant au moins l'intérêt que peut avoir un gérant d'affaires à l'accomplissement de l'opération et cela même en faisant abstraction de l'intérêt indirect qu'il y aura dans la plupart des cas pour son propre compte.

Les principaux textes qui, semblant admettre des cas de mandats *tua gratia* valides, servent de base à toutes les discussions, sont : 1° Ulpien, l. 31, *ad. ed.*, D. 17.1.6³.

« § 4. *Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit unhi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus.* »

« § 5. *Plane si tibi mandavero quod tua intererat nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit :*

1. Segré, *Studii sul concetto del negozio giuridico* (dans *Rivista ital. per le sc. giuridiche*, t. 28 (1899), p. 227 et ss.).

2. Ces raisonnements ne sont en somme qu'un développement des idées de la doctrine allemande du siècle dernier et notamment de Stammler *op. cit.*, p. 68.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. 1, col. 282.

Pour les corrections que nous-même proposons d'apporter à ce texte voir pp. 42-50.

aut si non esses factururus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit tamen erit mandati actio. »

Nous ne croyons pas que l'on puisse inférer de ce texte qu'Ulpien entendait valider le mandat *tua gratia* sous la condition que le mandataire n'ait agi qu'en conséquence du mandat. S'il en était ainsi, on arriverait à accorder, en se fondant sur diverses considérations d'ordre psychologique, une valeur obligatoire à toutes sortes de mandats généraux qui ressembleraient singulièrement à des conseils. C'est de cette manière que Segré¹ aboutit à considérer valable le mandat général « *ut pecunias tuas faeneres* » qui nous est cependant donné par les textes comme l'exemple type du mandat nul (Cf. Gaius, Inst. 3.156 ; D. 17.1.2.6).

Nous ne croyons même pas que l'on puisse conclure de la finale du paragraphe 5, comme l'a fait M. Perrozzi², que, dans tout mandat, « il est nécessaire que l'ordre soit le motif déterminant, dans le sens que sans cette ordre le mandataire n'eût pas agi³ ». Une pareille interprétation reviendrait à dire que le mandat de gérer ses propres affaires ou celles de Titius serait nul lorsqu'il serait prouvé que le mandataire avait déjà l'intention d'agir ou même lorsqu'il avait commencé de le faire⁴. Ce sont néanmoins de pareilles conclusions qui émurent suffisamment la doctrine pour faire soupçonner d'interpola-

1. *Op. cit.*, p. 230.

2. Perozzi, *Istituzione di diritto romano* (Rome, 1928), t. 2, p. 305.

3. Dans le même sens M. Cuq, mais en se référant spécialement au mandat de crédit, *Manuel*, p. 653, n. 6.

4. Cf. Bortolucci. *op. cit.*, p. 148.

tion la dernière partie du paragraphe 5 ; Girard¹ avait le premier remarqué qu'Ulpien, à cet endroit du commentaire de l'édit, ne s'occupe que de l'action *directa* alors qu'il semble évident qu'il s'agit de l'action *contraria* dans la finale du paragraphe 5. Cependant, pour plausible que soit cette raison, elle n'est pas péremptoire, car lorsque Ulpien dit : « *erit mandati actio* », il s'occupe moins de l'action elle-même qu'il n'affirme simplement l'existence juridique du contrat ; cette expression employée dans ce sens se retrouve d'ailleurs fréquemment dans les textes : D. 17.1.1, § 2 ; h. t. 19².

Pour Beseler, le paragraphe 5 tout entier est le produit d'une interpolation, car, dit-il³ : « Selon les préceptes Sabinien, le mandat *tua gratia* et le mandat *tua et aliena gratia* sont valables (?)⁴, mais le conseil ne l'est pas, même s'il agit comme cause déterminante. » En dehors de ce qu'une pareille solution peut avoir de trop radical, on pourrait encore lui objecter qu'il n'est pas du tout sûr que le sens du texte incriminé soit de conclure à la validité juridique du conseil, lorsqu'il est la cause déterminante d'un acte ; or, c'est là la seule raison de l'interpolation que donne Beseler.

. L'on pourrait en vérité encore dire que la simple apparence du texte nous invite à douter de son origine par sa large généralisation si contraire à l'ha-

1. Girard, *Manuel*, p. 628, n. 5.

2. Mancaloni, *op. cit.*, p. 376 ; Segré, *op. cit.*, p. 230.

3. Beseler, *Miszellen* (dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 43 1922), p. 543.

4. Voir p. 37 et note 3.

bituelle prudence du jurisconsulte auquel il est attribué ; mais nous croyons qu'objectivement interprété ce passage ne contrarie en rien les principes classiques, et cela sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'hypothèse d'une interpolation.

Sans nous préoccuper de savoir, avec M. Bortolucci ¹, si la règle « *Aut si non esses, facturum nisi ego mandassem* » dérive d'une norme primitivement imaginée pour le mandat de crédit et qui ne pourrait s'appliquer qu'à lui, nous croyons que cette règle (qui est plutôt une explication) ne peut jamais s'appliquer à un mandat *tua gratia*, et cela de par sa nature même. En effet, pour qu'un mandat soit *tua gratia*, il faut qu'il soit dans l'intérêt pur, exclusif du mandataire ; or, toute personne juridiquement capable est toujours censée agir au mieux de ses propres intérêts, et au contraire, jamais on ne pourra affirmer que quelqu'un est censé n'accomplir un acte qui lui est exclusivement utile qu'en vertu d'un ordre qui ferait naître des rapports obligatoires par la suite desquels nous verrions le sujet actif de l'obligation en être en même temps le sujet passif. Aussi, nous semble-t-il que non seulement la règle « *Aut si non esses facturum...* » ne s'applique pas au mandat *tua gratia*, mais encore qu'elle le repousse expressément.

Le mandat auquel Ulpien fait allusion lorsqu'il dit qu'il sera valable, « *etsi mea non interfuit* », n'est, ainsi que le choix de ces termes l'indique ², rien d'autre que le mandat « *quod mea non interest* », lequel

1. *Op. cit.*, p. 161 s.

2. *Cf. Tewes, op. cit.*, p. 42.

correspond dans la classification de Gaius au mandat *aliena* ou *aliena et tua gratia*¹.

On pourrait toutefois nous objecter que c'est dans le paragraphe 4 qu'Ulpien s'occupe du mandat « *quod mea non interest* » et non pas dans le paragraphe 5, cela est loin d'être inexplicable ; déclarant dans la première partie du paragraphe 5 la nullité du mandat *tua gratia*, il est nécessaire au jurisconsulte de faire une discrimination et de nous dire que certains mandats au cours desquels le mandataire ne pourrait être censé agir spontanément (et qui par conséquent ne sont pas *tua gratia*) seront par contraste valables « *etsi mea non interfuit* », ce qui est un rappel du paragraphe 4. S'il est nécessaire au jurisconsulte d'insister ainsi, c'est que, comme nous le verrons plus loin, il y eut à Rome une longue controverse au sujet de l'un de ces mandats *quod mea non intererat* ; le mandat de crédit qui, pour certains prudents plus anciens, était nul justement de par sa ressemblance extérieure avec un conseil ou un mandat *tua gratia*².

Le second texte généralement considéré comme se rapportant à un mandat *tua gratia* valable paraît confirmer notre manière de voir :

2° D. 17.1.32, Julien, l. 3, *ad Urseium Feroce*³.

a) « *Si hereditatem aliter aditurus non essem quam <si> cautum mihi fuisset damnum praestari et hoc <nomine> mandatum intercessisset, fore mandati actionem existimo.* »

1. Voir, p. 19.

2. Cf. *infra*.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 290.

b) « *Si quis autem mandaverit alicui ne legatum a se repellat longe [e] i < d > dissimile esse, nam legatum acquisitum numquam illi damno esse potuit, hereditas interdum damnosa est...*¹. »

Nous croyons que le premier des cas présentés par Julien constitue un mandat *mea et tua gratia* valable comme tel selon les principes généraux. Il est évident que le mandant peut avoir le plus grand intérêt à ce que l'hérédité soit acceptée et il est certain que lorsque cette hérédité est suffisamment suspecte pour que l'héritier ne l'accepte qu'assuré qu'il n'y perdra rien, l'on ne peut dire que ce mandat soit purement dans son intérêt².

La seconde partie du texte nous offre au contraire un parfait exemple du mandat *tua gratis* nul comme tel. En effet, le mandant ne peut avoir aucun intérêt à ce qu'un legs ne soit pas refusé ; de son côté, le mandataire, en acceptant un legs, accomplit un acte purement dans son intérêt, puisque, de par sa nature même, un legs ne peut jamais être dommageable. Il ne faudrait cependant pas croire que si le mandat est nul, c'est que l'acquisition d'un legs ne pouvant causer de dommage, il n'y a rien à garantir³, car ce que l'on pourrait assurer au mandataire serait qu'il toucherait son émolument ; mais une telle opération serait exclusivement dans son intérêt et c'est pourquoi elle est nulle.

Ainsi compris, il nous semble que ce texte ne déroge nullement à la règle générale exprimée par

1. Les corrections au texte sont proposées par Beseler (*Beiträge zur Kritik des röm. Rechtsquellen*, Tübingen, 1911, t. II, p. 7).

2. Stammler, *op. cit.*, p. 69.

3. Stammler, *op. cit.*, p. 69.

Ulpien, l. 31, *ad. ed.*, D. 17.1.8, § 6 : « *Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse ejus qui mandavit.* »

Cependant, pour les auteurs qui considèrent le mandat de faire addition d'hérédité comme un mandat *tua gratia* nul mais susceptible d'être rendu valable par l'adjonction d'une promesse de garantie, notre texte sert encore d'argument, car, nous dit-on, Julien y parle d'une *cautio*. Rien ne justifie une pareille interprétation ; cette *cautio* n'est pas la condition du mandat, mais sa conséquence. A se reporter au texte, on voit qu'il serait difficile à Julien de s'exprimer plus clairement lorsqu'il dit : *Si l'on promet de me rembourser mes dommages et si ce mandat est intervenu* (ou bien : et que pour cela un mandat est intervenu) ; il est clair qu'il s'agit de la promesse de garantie contenue dans tout mandat valide et dont la conséquence normale est que le mandataire ne perdra rien en accomplissant l'opération dont il est chargé¹.

3° Ulpien, l. 30, *ad. ed.*, D. 16.3. Dep. v. contra, 1, § 14² :

« *Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experire. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem : si vero suasseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est : nec mandati tene-*

1. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par le D. 16.1.19, §§ 1 et 2, où Africain nous rapporte l'opinion de Julien selon laquelle le mandat donné par une femme de faire addition d'hérédité ne constitue pas une intercession. Or, si, d'après le même Julien, un tel mandant avait été accompagné d'une promesse de garantie, il est hors de doute que l'opération eût été une intercession.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 268.

ris quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video. plane si fidejussisti pro eo, Labeo omnimodo fidejussorem teneri ait... »

A, voulant déposer une chose chez B, celui-ci lui donne le *iussum* de la déposer chez son affranchi. Contre qui l'action de dépôt existera-t-elle ? Si B a fait déposer la chose chez son affranchi, mais en son propre nom, l'espèce est simple, et Ulpien se trouve d'accord avec Pomponius, dont il rapporte l'opinion pour affirmer que B sera tenu envers A par l'action de dépôt ; si, au contraire, B n'a fait que conseiller le dépôt chez son affranchi, c'est uniquement contre celui-ci qu'existera l'action de dépôt, et, selon Pomponius, B ne sera même pas tenu pour son conseil par l'action *mandati contraria* puisque A « *rem suam gessit* » ; Ulpien, au contraire, ne voit pas pourquoi un mandat de déposer ne serait pas valable.

Ce texte est très généralement considéré comme étant de provenance byzantine. Perozzi¹ avertit de se méfier du passage « *sed si mandasti... non video* ».

Krüger² est frappé par le caractère postclassique de la glose « *hoc est custodituro* » et propose de lire : « *tecum nullam esse actionem, cum illo depositi, nec mandati te teneri* ».

Bortolucci³ remarque que l'exposé d'Ulpien coupe le récit de Pomponius et de Labéon et que de plus il ne donne pas pour justifier ce mandant la raison qui lui est habituelle : « *Quia non esse facturum nisi ego mandassem.* »

1. *Op. cit.*, t. II, p. 306, n. 2.

2. Krüger, *Kritisch Vierteljahresschrift*, N. F. XV (1892), pp. 534 et ss.

3. *Op. cit.*, p. 151-152.

A notre tour, nous ajouterons, que, vraisemblablement, l'opinion de Labeon sur la validité de la fidéjussion devait primitivement s'opposer aux conclusions d'Ulpien sur le mandat, car, en les corroborant, elles opèrent un rapprochement entre le mandat *pecuniae credendae* et le cautionnement qui est d'un caractère byzantin marqué¹.

Mais nous ne croyons toutefois pas que l'on puisse déduire de ces remaniements du Digeste que les Byzantins ont entendu valider le mandat *tua gratia* en recourant à la pure volonté de s'obliger, comme le croit cependant Bortolucci². Et, d'abord, qu'est-ce que cette pure volonté de s'obliger ? Si c'est la volonté de s'obliger qui découle normalement de tout mandat valable qu'il s'agit, le mandat *tua gratia* étant nul, la volonté de s'obliger, qui n'est qu'un élément de ce contrat, ne pourra elle-même qu'être stérile. S'agit-il au contraire d'une volonté de s'obliger distincte du mandat et qui se traduit par une promesse de garantie valable ; alors c'est de cette promesse, et non plus du mandat nul, que naîtront des obligations. Aussi croyons-nous que l'opinion attribuée pour plus d'autorité à Ulpien est une solution strictement d'espèce qui se trouve justifiée par une opération nouvelle, car il est fort probable que celui qui garantit un dépôt ne le fait pas gratuitement, et, dès lors, l'opération se résumerait à réaliser une sorte d'assurance de marchandises entreposées. Dans de pareilles

1. H. Stoll, article critique dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 47 (1927), p. 535; Gradenwitz, *Miszellen* dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 27 (1906), p. 336).

2. *Op. cit.*, *loc. cit.* : « Et ce sont toujours les Byzantins qui, par de tels procédés, donnent un vernis classique au mandat *tua gratia* valide en recourant à la pure volonté de s'obliger. »

conditions, il est très compréhensible que le mandant soit responsable.

Au surplus, si la solution du paragraphe 14 avait été générale pour le mandat *tua gratia* à l'époque de Justinien, il serait incompréhensible que les compilateurs aient laissé subsister tant au Digeste qu'aux Institutes des textes, que l'on peut appeler de principe, et qui sont aussi catégoriques que D. 17.1.2 pr. « ... *quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur.* » Inst., 3.26 pr. « ... *at si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio* [*nec mandati inter vos actio*] *nascitur.* »

L'opinion selon laquelle le droit de Justinien aurait considéré avec une certaine bienveillance le mandat *tua gratia* se trouve néanmoins très répandue même parmi les auteurs pour qui il est toujours nul en droit classique. Ainsi, M. Bortolucci¹ : « Quant au mandat *tua gratia*, Gaius (Inst., 3.156), se contente de nous dire qu'il est *supervacuum*. Au contraire, Justinien (D. 17.1.2, § 6), nous disant que le mandat *tua gratia* « *magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorum* »², assimile le mandat au conseil et nous laisse penser qu'il existe des mandats *tua gratia* obligatoires. Ce n'est plus l'absolue indifférence juridique qui se rencontre dans Gaius³. »

Il convient premièrement d'observer que ce n'est

1. *Op. cit.*, p. 130.

2. Il n'est d'ailleurs pas prouvé que ce passage soit de provenance justinienne. Cf. Kalb, *Über die lateinisch schreibenden Juristen* dans *Jahresbericht über die Fortschritte der Klassischen Altertumswissenschaft*, t. 109, (1901), p. 163, n° 145.

3. Dans le même sens, Vangerow, *op. cit.*, t. 3, p. 493, n. 4.

pas sembler en admettre des cas obligatoires que de comparer le mandat *tua gratia* à un conseil, opération éminemment nulle. Secondement, la loi 2 du titre premier : « *Mandati vel contra* », est extraite des *Res cottidianae* de Gaius, où la question se trouve traitée de manière probablement plus proluxe que dans les *Institutes* du même auteur. Nous venons de voir plus haut que dans le *principium* de la loi la nullité du mandat *tua gratia* se trouve déclarée dans les termes les plus laconiquement catégoriques, termes qui correspondent d'ailleurs exactement à ceux des *Institutes* de Gaius ; dans les six paragraphes qui suivent le *principium*, les différents types de mandats ne sont que repris dans l'ordre pour être expliqués et pour qu'il en soit donné des exemples, on ne saurait en conclure autre chose que ce qu'annonce le *principium* et que répète le paragraphe 6, c'est-à-dire que le mandat *tua gratia* est nul.

B) *Le mandat de crédit n'est pas un mandat tua gratia mais un mandat aliena gratia.* — Etablir l'appartenance du mandat de crédit à la catégorie des mandats *tua gratia* est la condition fondamentale de toute doctrine tendant à individualiser l'institution en dehors de la sphère d'application des mandats valables. Il est toutefois surprenant, à première vue, que l'ordre d'ouvrir un crédit à un tiers se puisse analyser comme étant donné dans l'intérêt de celui qui reçoit l'ordre. Il semble bien plus logique d'admettre qu'un pareil mandat est conféré dans l'intérêt du tiers bénéficiaire du crédit, ou tout au plus si le crédit comporte une somme d'argent produisant des intérêts, il serait à la fois dans l'intérêt du mandataire

qui recueille les intérêts et dans celui du tiers. Sous quelque forme qu'il se présente, un mandat de crédit ne pourrait donc être qu'*aliena* ou bien *tua et aliena gratia* et par conséquent parfaitement valable en tant que mandat. Cette manière de voir est d'ailleurs tant celle des Institutes, 3.26, § 5, que celle du Digeste, 17.1.2, § 5¹. Gaius, l. 2, *cott.* « *Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes quod si ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.* »

La loi 2 qui contient notre paragraphe 5 a souvent été soupçonnée de contenir un bon nombre d'interpolations, mais cela sans aller jusqu'à nier le sens général du texte². De plus, ces interpolations ressortent généralement de la confrontation des Institutes et du Digeste³ qui en notre cas concordent parfaitement. Enfin, les altérations supposées ne visent généralement pas le paragraphe 5 qui nous préoccupe et qui n'est attaqué que par v. Thur⁴, par Förster⁵ et plus récemment par Stoll⁶, mais sans que l'*Index des Interpolations* paraisse y accorder grande importance.

Si ces auteurs déniaient toute autorité à notre texte,

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 281.

2. Arangio-Reiz, *La classificazione Gaiana delle Fonti di Obbligazione* (dans *Mélanges Cornil*, tome I^{er}, p. 93, Paris, 1926) : « D. 17.1.2, e una riduzione alquanto libera di Gaius, 155-156. »

3. En ce qui concerne la valeur du texte des Institutes, 3-26, par rapport à celui du Digeste, 17.1.2. Voir en faveur du premier : Appleton, « *Les sources des Institutes de Justinien* », dans *Revue générale du Droit* t. 15 (1895), p. 108 ; Mancaloni, *op. cit.*, p. 380 et ss ; Kübler, article critique dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 23, (1902), p. 520 ; et en faveur du Digeste, Ferrini, *Sulle Fonti Delle Istituzioni di Giustiniano* dans (*Bullettino del ist. Rom.*, t. 13, 1900, p. 181) ; *Opere* t. 2, p. 394.

4. V. Thur, *Actio de in rem verso* (Leipzig, 1895), p. 104, n° 49.

5. Förster, *op. cit.*, p. 99 et s.

6. *Op. cit.*, p. 535.

ce n'est pas selon un critère qui lui serait interne¹, mais en le comparant à Gaius, Inst., 3.156, et à Celse, l. 7, Digestorum, D. 17.1.48, §§ 1 et 2, d'après lesquels, nous dit-on, il est évident que les classiques rangeaient le mandat de crédit parmi les mandats *tua gratia* valables seulement par l'adjonction d'une promesse de garantie ; à l'époque de Justinien, le mandat de crédit se trouvant depuis longtemps en usage, toutes les discussions s'étant éteintes à son sujet, tandis que le mandat *tua gratia* demeurerait nul, les compilateurs du Digeste et des Institutes l'auraient tout naturellement fait entrer dans la catégorie des mandats valables *aliena* ou *tua et aliena gratia*. Il est toutefois permis de se demander comment cette translation s'est opérée et à quel moment ; si sous Justinien le mandat de crédit n'est toujours valable que sous promesse adjointe de garantie, pourquoi le transporter dans une catégorie de mandats valables par eux-mêmes, et si, d'autre part, cette promesse n'est plus exigée, quand et comment ce revirement doctrinal, qui n'a laissé aucune trace dans les textes, a-t-il eu lieu ? Mais quoi qu'il en soit, le sens des textes ne paraît pas être celui qui leur a été attribué par v. Thur et Förster :

Gaius (Inst., 3.155-156) commence par nous dire : « *Mandatum constitit sive nostra gratia mandemus, sive aliena* » et « *si tua gratia tibi mandem, super-vacuum est mandatum* », puis il continue : « *et adeo haec ita sunt ut quaeratur an mandati teneatur qui*

1. Si l'on excepte l'affirmation de v. Thur selon qui, dans les Inst., 3.26, § 5, le mandat de crédit est valable sans discussion selon le principe, tandis que dans le § 6 on explique la validité par la règle : « *Quia non aliter Titio credisses.* » Cette opinion d'ailleurs contestable se limite en tout cas aux Institutes et ne saurait atteindre le Digeste.

mandavit tibi ut Titio pecuniam faenerares. Servius negavit : non magis hoc casu obligationem consistere putavit, quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam faeneraret. (sed) Sequimur Sabini sententiam, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset. »

Il est difficile de conclure de ce texte que Sabinus et Gaius aient déclaré *tua gratia* le mandat de crédit¹. Au contraire, c'est l'opinion de Servius que le mandat *ut Titio credas* est nul comme n'étant qu'un conseil² ou un mandat *tua gratia*, mais Gaius s'empresse de dire que c'est l'opinion contraire, celle de Sabinus, qu'il suit. Or, ce « *contra sentire* » sabinien ne peut se rapporter à rien d'autre qu'à l'affirmation servienne que « *nam magis hoc casu obligationem consistere* » ; par conséquent, un mandat de crédit fera naître des obligations et ne sera donc pas *tua gratia* puisque, comme le dit lapidairement Gaius un peu plus haut, « *si tua gratia tibi mandem supervacuum est mandatum* ».

En substance, ce que fait Sabinus, c'est déclarer que le mandat de crédit n'est pas *tua gratia*³. Notre opinion se trouve confirmée par la justification que donne Sabinus de son opinion : « *Quia non aliter*

1. V. Bortolucci, *op. cit.*, p. 157 et ss.

2. L'on pourrait encore dire que dans l'exemple de Servius le mandat est nul pour indétermination du tiers bénéficiaire du crédit, mais cela n'est certainement pas la pensée du jurisconsulte, puisque tout mandat est nul lorsque ses éléments, objet ou sujets, sont indéterminés (Cf. Sokolowski, *op. cit.*, pp. 53-54, et Forster, *op. cit.*, p. 90).

3. L'opinion contraire, pourtant si peu fondée, a néanmoins fait suffisamment de progrès pour qu'une grande autorité comme Beseler déroutée par ses conséquences en soit amenée à écrire : « Malgré l'opinion de Sabinus, nous croyons que le mandat *tua gratia* et le mandat *aliena et tua gratia* ne sont pas valables. » *Miszellen*, dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, t. 43 (1922), p. 542.

Titio credidisses », cette justification, nous l'avons retrouvée, quoique formulée en des termes différents, dans Ulpien, D. 17.1.6.5, et nous avons vu que son sens¹ exclut qu'il puisse s'agir d'un mandat *tua gratia* puisque l'on ne peut dire qu'une personne est censée n'avoir agi qu'en raison du mandat lorsqu'elle agit dans son propre intérêt ; aussi ne croyons-nous pas que cette règle puisse signifier que les actions aient été concédées « *aequitate motus* »², quoique le mandat soit *tua gratia* ; s'il en était ainsi, les actions du mandat de crédit devraient nous apparaître comme étant donné « *utiliter* », or cela n'est pas, comme le remarque fort justement M. Bortolucci³.

Il importe encore d'observer qu'aucune allusion n'est faite, dans ce texte, à une volonté spéciale de s'obliger du mandat⁴ pas plus qu'à une quelconque promesse de garantie adjointe et destinée à donner à l'opération en tant que « *négoce de garantie* » (*Kreditgarantiegeschäft*) une existence juridique qui lui est refusée en tant que mandat⁵. Nous croyons au contraire qu'indubitablement pour Sabinus c'est le mandat qui est valable et fait naître des obligations, cela quoi qu'une fois exécuté ce soit le mandataire qui devienne créancier, et par conséquent maître d'une affaire appartenant dès lors à son patrimoine.

1. Voir p. 27.

2. Förster, *op. cit.*, p. 93.

3. *Op. cit.*, p. 159.

4. Sauf celle que l'on a communément en contractant. Cf. pourtant Guq, *Manuel*, p. 653 : « D'après Sabinus, ce mandat implique chez le mandant la volonté de prendre à sa charge les risques de l'opération. »

5. Cf. pourtant Förster, *op. cit.*, p. 94 : « Il ne faut pas s'y tromper, quoi que parlant d'un ordre Sabinus ne pense qu'à la promesse de garantie. »

Cette position de *dominus negotii* du mandataire n'exclut évidemment pas un intérêt du mandant à ce que l'acte soit accompli, car ce qu'il veut n'est pas de devenir créancier du tiers, mais qu'un crédit lui soit accordé, aussi le mandat n'est-il pas *tua* mais *aliena gratia*, et comme tel valable. Que la doctrine sabinienne doive être ainsi comprise, cela est confirmé par Julien, cité par Paul, D. 17.1.22, § 4 :

« *Iulianus scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit, ex eo maxime probari...* » Il serait donc arbitraire d'affirmer avec Förster¹ et Sokolowski² que la discussion entre Servius et Sabinus roule sur l'existence de la volonté de s'obliger, volonté de s'obliger qui devrait se traduire par une promesse de garantie³. C'est pourtant sur une pareille interprétation que l'on s'est fondé, non seulement pour établir la nature *tua gratia* du mandat⁴ de crédit, mais encore pour en déduire l'interpolation du D. 17.1.2, § 5 et l'inexistence de l'action *mandati directa*⁵.

Il est peu probable que l'origine de cette interprétation se rattache, comme on l'a voulu⁶, à la Paraphrase

1. *Op. cit.*, p. 90.

2. *Op. cit.*, p. 54.

3. La question n'est même pas posée dans le texte, car ce que se demande Gaius, c'est si l'action de mandat existe *an mandati teneatur* et non pas s'il existe une action ressortant d'une promesse de garantie.

4. L'incertitude des auteurs en ce qui concerne tant les opinions de Sabinus et Servius que la nature du mandat de crédit, est des plus grandes, ainsi Ferrini écrit (*Pandette*, Milan, 1900, p. 622, n. 91) : « Servius repoussait le mandat de prêter ou consentir un terme, parce qu'il était inadmissible d'admettre un mandat uniquement *aliena gratia*. » Au contraire p. 704 et 705, n. 567, il dit : « Au contraire un mandat dans l'intérêt du mandataire est inconcevable; nous savons toutefois comment par l'influence de Sabinus ces scrupules furent vaincus en ce qui concerne le mandat *ut Titio pecuniam faereraeres*. »

5. Cf. Partsch, *Stud. zur negotiurum gestio*, t. 1 (Heidelberg 1913), p. 62; voir plus loin.

6. Förster, *op. cit.*, p. 90.

des Institutes de Théophile; en effet, celui-ci se contente de nous dire¹ : 3.26, § 6 : « C'est l'opinion de Sabinus qui a triomphé, l'opinion qui dit que je suis obligé *mandati* ; puisque je t'ai proposé une personne déterminée : Titius, je serai obligé également, comme si j'étais en quelque sorte analogue à la caution. Car si j'ai dit d'une façon indéterminée : prête ton argent, ce mandat n'est pas obligatoire ; mais si j'ai proposé une personne déterminée, je serai soumis à l'action *mandati* selon les usages actuels. » Théophile ne s'occupe pas plus dans ce passage d'une volonté spéciale de s'obliger qu'il ne s'occupe d'une promesse spéciale de garantie, quant au rapprochement qu'il fait entre la caution et le mandant, il n'a rien pour nous surprendre étant donnée l'époque où fut écrite la Paraphrase et la ressemblance, d'ailleurs indéniable à de nombreux points de vue, entre les deux institutions.

Revenant au texte de Gaius, il semble permis de supposer, d'après les termes dans lesquels la question se trouve posée, que la controverse au sujet de la validité du mandat de crédit n'était pas encore définitivement aplanie de son temps ; cette supposition devient d'autant plus vraisemblable que l'on confronte les termes de Gaius à ceux des Institutes, 3.26, § 6.

Gaius, 3.156 : « ... *Et adeo haec ita sunt ut quaeratur.... sed sequimur Sabini sententiam....* »

1. D'après la traduction de Wüstemann (*Des Antecessor Theophilus Paraphrase der Institutionen Justinian's*, Berlin, 1823, t. II, pp. 236 et s., n. 419).

Inst., 3.26, § 6: «...*Et adeo haec ita sunt ut quaesitum sit an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam faenerares : sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset.* »

Il est clair que, lors de la rédaction des Institutes, le souvenir de la controverse entre Servius et Sabinus n'avait plus que la valeur d'un souvenir historique¹, et par contraste le mode d'expression de Gaius nous paraît bien moins définitif ; or la subsistance d'une controverse à l'époque de Gaius permet, comme l'a le premier observé M. Bortolucci², d'expliquer une célèbre contradiction de textes dont certains auteurs ont essayé de déduire que le mandat de crédit n'était à l'époque classique valable que par l'adjonction d'une promesse de garantie :

1° Celse, l., *digestorum*, D. 17.1.48³ :

« § 1. *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere.* »

« § 2. *Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, [id est ut cuivis credas]*⁴ *tu cepinias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut [mihi] (tibi) quemvis fundum emas.* »

Le cas posé dans le premier paragraphe ne soulève

1. Förster, *op. cit.*, p. 89-92; Bortolucci, *op. cit.*, p. 159.

2. *Op. cit.*, p. 156.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 293.

4. Selon Eisele, *Über die Haftung des einen Karrealschuldners für culpa und mora des anderu* (dans *Archiv. f.d. civilistische Praxis*, N. F., n. 34, 1895), p. 322, n. 6.

aucune difficulté, le mandataire doit prêter de l'argent à un tiers au nom et pour le compte du mandant; ce faisant, il agit comme un gérant d'affaires et il est évident que le mandat est valable. Dans le second paragraphe, il s'agit d'un véritable *mandatum pecuniae credendae*, les effets de l'opération : « *recipere usuras* », « *tui arbitrii sit nomem* » seront attachés à la personne du mandataire, le mandant restant uniquement responsable du *periculum*. Celse nie la possibilité d'un tel mandat : « *Iam extra mandati formam est* ». Si la pureté du premier paragraphe n'est guère suspectée¹, il n'en est pas de même du second, pour lequel de nombreuses corrections ont été proposées suivant les thèses que défendaient leurs auteurs, mais quelle que soit l'altération de ce texte, il semble que son sens général est certain et cela pour la simple raison qu'on ne pourrait comprendre pourquoi les Byzantins auraient fabriqué un texte allant à l'encontre des principes juridiques admis à l'époque.

La difficulté est de concilier ce paragraphe 2 avec le texte (déjà cité) d'Ulpien, l. 31. *ad ed.*, D. 16.1.6.

2° « § 4. *Si tibi mandavero quod mea non interesset veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio*, [ut Celsus libro septimo digestorum scribit] *et ego tibi sum obligatus* »

Ulpien nous informe dans ce passage de l'opinion exprimée par Celse au VII^e livre de son Digeste au

1. Rotondi, *Scritti giuridici*, tome II (A cura di E. Alderario), *Studi, sul Diritto Rom. Delle Obligazioni* (Milan, 1922), p. 257, n. 1 : « D. 17.1.48 § 1, est classique dans la conception et dans l'expression. »

sujet du mandat de crédit ; or, cette opinion se trouve être radicalement contraire à la version qu'en donne la loi 48, § 2, laquelle est censée être puisée à la même source. Etant donné que les termes sont suffisamment clairs pour qu'il ne puisse subsister aucun doute sur l'identité de l'opération dont il s'agit, considérant en outre que les conclusions, quoique contraires, sont exprimées en termes catégoriques, sans faire mention d'aucune réserve ni condition, une seule explication est possible : l'une des deux versions est fausse, et nous croyons vouée à l'échec toute tentative de conciliation admettant la coexistence des deux textes.

L'explication traditionnelle de cette contradiction était que pour Celse le mandat de crédit excédait les limites du mandat en général car, n'étant utile qu'au mandataire, il ne valait guère plus qu'un simple conseil, mais que néanmoins le mandant serait tenu *mandati*, « *quia non esses facturum, nisi ego mandassem* ». Mais ce raisonnement ne résiste pas à la comparaison de Celse à Celse, qui, dans la loi 48, § 2, ne parle d'aucune exception et qui, dans la loi 6, § 4, ne met aucune condition. De plus, la justification « *quia non esses facturum...* » ne se trouve pas comprise dans la citation de l'opinion de Celse que fait Ulpien, cette justification se trouve à la fin du paragraphe 5 de la même loi et n'exprime que l'opinion d'Ulpien. Si néanmoins on admettait l'opinion contraire, cela reviendrait à dire que deux opérations ayant le même contenu objectif et les mêmes causes

juridiques pourraient être différemment appréciées en raison de motifs psychologiques divers, or non seulement rien dans Celse ne nous autorise à pareille conjecture, mais encore, avons-nous vu (p. 27), que ce n'est même pas le sens de l'explication d'Ulpien.

La doctrine traditionnelle a été reprise et développée par certains auteurs modernes, mais parfois dans un sens arbitraire; ainsi Sokolowski¹ nous dit que Celse admet la validité du mandat de crédit (l. 6, § 4) mais trouve difficile qu'il devienne valable en tant que mandat par l'adjonction d'une promesse de garantie (?), dans la loi 48, paragraphe 2. Celse reconnaît une responsabilité si le *periculum* est assumé, mais nierait que ce rapport puisse s'appeler mandat. Le texte, lui, ne nous en dit pas aussi long, il ne parle ni de promesse de garantie destinée à protéger du *periculum* le mandataire, ni d'une opération particulière qui en résulterait, il se contente de nier l'existence du mandat.

C'est dans le même ordre d'idées que se trouve Förster², lequel croit que Celse, dans la loi 48, paragraphe 2, doit être compris : « Un mandat comme le mandat de crédit, dans lequel il n'y a pas de *negotium proprium* du mandant, produira quand même certaines obligations, comme, par exemple, la cession d'actions, ou la garantie », et plus loin : « Ulpien craignant que soit mal comprise et généralisée la brusquerie de Celse, nous explique, dans l. 6, § 5, qu'un mandat sur *tes* affaires ne produit pas d'effet

1. *Op. cit.*, p. 71 et ss.

2. *Op. cit.*, p. 95.

sauf s'il s'agit aussi de *mes* affaires. » Une pareille interprétation de la loi 48, § 2, est des plus arbitraires en ce que rien dans le texte visé ne peut faire croire que Celse admettait que certains effets du mandat, comme la cession d'actions ou la garantie du mandant, puissent advenir. Quant à la contradiction des deux textes de Celse, Förster tente de l'expliquer¹ par le manque de rapports entre la fin du § 2 de la loi 48 : « *Quemadmodum si mandem ut..* » et le § 1^{er} de la même loi. Il en déduit que la loi 48 devait originairement opposer dans ses deux premiers paragraphes le mandat ordinaire au mandat extraordinaire et devait faire suivre immédiatement cette opposition par le § 4 de la loi 6, actuellement déplacé.

Il est facile d'observer qu'il n'y a en réalité aucun manque de rapport entre les deux paragraphes de la loi visée ; dans le premier Celse s'occupe du mandat de prêter une somme au nom du mandant et le déclare valable ; l'ayant fait, il est tout naturel qu'il s'occupe ensuite d'un cas en apparence extrêmement rapproché, le mandat de crédit, qu'il proclame nul en donnant un exemple ou plutôt un terme de comparaison : « *Quemadmodum si mandem [mihi] (tibi) quemvis fundem emas.* » C'est là une méthode commune aux jurisconsultes, et Servius ne fait pas autre chose lorsque, ayant déclaré la nullité du mandat de crédit, il ajoute (Gaius, 3.156) : « *Quam si generaliter alicui mandetur, uti pecuniam suam faeneraret.* » Rien ne peut non plus nous induire à penser que Celse envisageait l'existence de deux mandats, valables l'un

1. *Op. cit.*, pp. 44-45.

ordinairement et l'autre extraordinairement, puisqu'il ne fait que dire simplement que le mandat de crédit n'en est pas un : « *Iam extra formam mandati est* ». Si enfin l'on admet que les deux textes coexistaient dans le Digeste de Celse, et qu'ils se suivaient immédiatement, au lieu d'être résolue, la contradiction n'en est que plus rapide et plus frappante.

Une interprétation des textes plus prudente, quoique dans le même sens, que les précédentes, nous est fournie par Iacoby¹ qui, de ce que Celse se contente de nier le mandat sans ajouter expressément que le mandant ne sera tenu d'aucune façon, conclut que les Romains avaient été amenés à appeler mandat un conseil avec garantie adjointe ; cette opération, nulle en tant que mandat, ne le serait pas en tant que garantie. Si l'explication est plausible, elle n'en est pas moins une simple hypothèse, étant donné que Celse ne parle aucunement de l'existence d'une obligation de garantie ; déduire qu'elle existe de ce que simplement on a omis de la nier est assez hasardeux d'autant plus que le jurisconsulte ne s'occupe pas de promesse de garantie dans les deux premiers paragraphes de la loi 48, mais de mandat, or, on n'a pas à nier ce dont on ne parle pas.

Il nous reste à mentionner, dans le même sens que les précédentes, l'opinion de v. Thur² selon laquelle les SabinienS auraient mis à profit l'action *mandati contraria* pour sanctionner une promesse non formelle de garantie ; on peut objecter que, première-

1. Iacoby, *Die Krediterkündigung* (Berlin 1891), p. 511.

2. *Op. cit.*, pp. 25 et 65.

ment, le mandat de crédit n'apparaît pas comme une promesse non formelle de garantie, mais bien comme un mandat *aliena*, ou *tua et aliena gratia* dans Gaius et dans Justinien, et deuxièmement que si l'opinion de v. Thur était justifiée, l'action *mandati contraria* conférée *acquitate motus* pour sanctionner un contrat nul et une promesse non formelle devrait nous apparaître comme conférée *utiliter*, ce à quoi les textes ne font aucune allusion.

Il semble difficile d'accorder plus de créance aux hypothèses de la doctrine qui tente de résoudre la contradiction en avançant que le sens de la loi 48, §§ 1 et 2, est faussé ; soit, selon Huschke¹, par un déplacement du membre : « *Quemadmodum... fundum emas* », lequel aurait dû originairement servir de fin au § 1^{er}, soit, selon Zachariae², qui, considérant « *ceterum... formam est* » comme une parenthèse, croit qu'il faut lire : « *Quemadmodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas, mandatum potest consistere.* » Si même l'on admet sans plus de discussion, non seulement ces opinions, mais encore que « *ceterum... formam est* » est entièrement un tribonienisme, ou plutôt, comme le veut Beseler³, une paraphrase à laquelle Tribonien n'a fait qu'ajouter « *id est... credas* » et qui, dans la compilation, remplace une phrase d'un sens identique originairement existante en tête du § 1^{er}, tout cela n'explique pas encore l'existence au Digeste du texte tel que nous l'avons

1. Huschke, *Die Lehre des Röm. Rechts vom Darlehn* (Stuttgart, 1882), p. 29, n. 4.

2. Zachariae, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinians Juristen* (dans *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, n. 6, 1885).

3. *Op. cit.*, p. 542. p. 27-28.

aujourd'hui. Quel que soit le peu de considération généralement accordée aux rédacteurs du Digeste, il est cependant impossible d'imaginer qu'ils aient fabriqué, altéré, ou déplacé un texte en vue de lui donner un sens contraire à leurs propres idées juridiques.

Somme toute, Celse, dans le texte incriminé, ne fait rien que reprendre l'ancien point de vue de Servius, lorsqu'il dit qu'un mandat de crédit constitue une opération « *extra mandati formam* ». Cela est d'autant plus plausible que la discussion au sujet de ce mandat n'était certainement pas close du temps de Gaius, et que si discussion il y avait, il est tout naturel de trouver Celse, proculien, parmi les adversaires des théories sabinienues qui admettaient la validité du mandat de crédit¹.

Si donc nous avons en présence deux textes radicalement contradictoires, dont le premier s'appuie sur une doctrine très antérieure, contraire au Digeste et qui nous est attestée par une œuvre étrangère à la compilation, tandis que le second semble n'être là que pour confirmer les théories juridiques en honneur du temps de Justinien, c'est ce dernier qui nous semble devoir être suspecté selon une saine exégèse. Cela ne veut pas encore dire que nous croyons interpolé tout le § 4 de la loi 6, mais seulement la citation de Celse qui y est faite et qui, elle, peut fort bien être déplacée, car il n'est pas interdit de croire qu'Ulprien invoquait plutôt l'opinion de Celse au sujet de l'affirmation qui suit immédiatement et par laquelle débute le § 5 :

1. Dans le même sens, mais de manière incidente, Stoll (dans *Zeitschrift der Savigny, Stif.* t. 47, 1927), p. 535.

« *Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio actio.* »

Pour le surplus, le § 4 ne saurait provoquer aucun doute, puisqu'il est très certain que du temps d'Ulpien le mandat de crédit était unanimement considéré comme valable et même valable *aliena gratia*, comme nous le montre une fois de plus Ulpien en l'accolant au mandat « *ut pro Seio intervenias* », qui l'est incontestablement.

Reste à expliquer la raison pour laquelle les rédacteurs ont maintenu dans le Digeste ce § 2 qui n'était plus que l'écho d'une très ancienne dispute ; à cet égard nous nous rangeons à l'avis de M. Bortolucci¹, qui croit que pour les compilateurs ce fragment n'avait plus d'autre sens que d'affirmer la nullité du mandat pour indétermination du tiers ou de l'objet. Nous ajouterons que cette opinion cesse de paraître exagérée quand on considère combien les Byzantins s'attachaient au détail plutôt qu'au fond ; un exemple de cette manière de comprendre les textes nous est fourni dans un cas très voisin par Théophile qui, dans sa Paraphrase des Institutes, 3.26, § 6¹, commentant la controverse entre Sabinus et Servius, ne s'attache qu'à l'indétermination des personnes, alors que ce n'est certainement pas ce qu'a voulu dire Servius, puisque, non seulement le mandat de crédit, mais tous les mandats sont nuls lorsque leurs éléments sont indéterminés.

En résumé, nous sommes en droit de dire que la

1. *Op. cit.*, p. 168

2. *Cf. supra*, p. 40.

prétendue contradiction du D. 17.1.6, § 4, et du D. h. t., 48, §§ 1 et 2, s'explique tant par l'évolution historique de l'institution que par les méthodes habituelles aux compilateurs de Justinien. En tout cas, rien dans les textes examinés ne nous permet de croire que le mandat de crédit ait été tenu pour nul, en tant que mandat, en droit classique ou qu'il n'ait été rendu valable que par l'adjonction d'une promesse de garantie. Au contraire, les opinions de Sabinus, qui voyait notre opération valable selon les principes du droit du mandat, ont triomphé complètement, ainsi que cela nous est attesté tant par le fait que Celse est le dernier jurisconsulte doutant de la validité du mandat de crédit, que par la netteté d'expression du D. 17.1.2, et des Institutes 3.26, § 6 ; au surplus, l'impossibilité de trouver une autre base que le mandat pour servir de support aux obligations à naître et notamment l'inexistence dans les textes de mentions relatives à une promesse complémentaire de garantie¹ empêche toute autre conclusion.

SECTION II

A) LE « NEGOTIUM PROPRIUM » DU MANDANT ET LA VALIDITÉ DU MANDAT.

Une dernière objection de principe relative à la possibilité pour le mandat de crédit de constituer un mandat valable, est présentée par Förster²; c'est, dit-

1. Cf. *infra*, pp. 62 ss.

2. *Op. cit.*, pp. 66 et ss.

il, une condition essentielle de tout mandat que de comporter un *negotium proprium* du mandant, ou, en d'autres termes, que « l'affaire », objet du mandat, appartienne objectivement au mandant; or, c'est le contraire que nous montre le mandat de crédit au cours duquel le mandataire se comporte, lui, en maître d'une affaire qui est faite en son nom et dont il peut disposer.

A vrai dire, cette objection procède plutôt d'une spéculation dogmatique que de la simple étude des textes, où l'on ne trouve aucune mention de la nécessité d'un *negotium* propre au mandant, au contraire on y trouve l'affirmation qu'il peut y avoir des mandats valides portant non seulement sur une affaire propre à un tiers, mais encore propre au mandataire :

Paul, 32, *ad ed.*, D. 17.1.22, § 4 : « *Iulianus scripsit mandati obligationem consistere etiam in rem eius qui mandatum suscipit...*¹ »

Pour trouver l'exigence d'un *negotium* propre au mandant, il faut vouloir donner ce sens aux expressions de Gaius : *mea, tua, aliena gratia*, comme le fait Förster². Une pareille interprétation n'est peut-être pas erronée en elle-même, mais est arbitrairement restreinte³, car, si dans la classification de Gaius la notion de *meum, tuum, alienum negotium* trouve place, elle n'y est certainement pas isolée, vu qu'on y trouve encore les notions d'intérêt, d'avantage écono-

1. Voir aussi Ulpien, 31, *ad ed.*, D. h. t. 16.

2. *Op. cit.*, p. 92 : « *Mandat tua gratia*, veut dire mandat avec *negotium proprium* du mandataire et non pas mandat dans l'intérêt du mandataire. »

3. Bortolucci, *op. cit.*, pp. 170 ss.

mique et peut-être même d'intérêt d'affection¹. De plus, les termes de la démonstration se contredisent à l'intérieur du même texte puisque le § 155 (Gaius, Inst., l. 3), qui contient la classification des mandats, débute par ces mots :

« *Mandatum consistit sive nostra gratia mandemus, sive aliena.* » Or, si *aliena gratia* signifie *alienum negotium*, il est clair qu'un mandat peut exister même si le *negotium* n'appartient pas au mandant. L'existence de la classe entière des mandats *aliena gratia* paraît donc prouver de façon tangible l'inanité de la théorie. Mais, à cette objection, Förster répond par un second échafaudage doctrinal destiné à justifier le premier² : Le mandat *aliena gratia* ne serait qu'une sous-division artificielle du mandat *mea gratia*, auquel il peut toujours être ramené en dernière analyse, puisque mander *aliena gratia* veut dire faire exécuter une affaire propre au mandant, mais dont les effets peuvent atteindre et de fait atteignent le patrimoine d'un tiers. L'exemple type de cette sorte de mandat se trouverait relaté dans le D. 17.1.48, § 1, où il s'agit d'un prêt fait à un tiers, mais au nom et compte du mandant ; quant au mandat de crédit, il ne peut jamais être ramené à un mandat *mea gratia*, étant donné qu'une fois exécuté, c'est le mandataire qui reste maître de l'affaire.

L'on peut opposer à ce raisonnement qu'il faut, à Rome, soigneusement distinguer les rapports entre

¹ 1. En dehors de toute discussion générale sur la question, un cas au moins de mandat, valable en vertu d'un intérêt d'affection, paraît certain : le mandat d'affranchir un esclave.

² 2. *Op. cit.*, p. 73.

mandant et mandataire de ceux entre mandataire et tiers. Dans le mandat de crédit, l'objet des rapports contractuels entre mandant et mandataire est la concession d'un crédit ; c'est cela qui intéresse le mandant et c'est cela qui dépend de sa volonté, comme le prouve son droit de révocation ou celui qu'il a (lorsque le mandataire a commis une faute dans l'exécution) de ne pas payer en usant de l'exception attachée à ce contrat de bonne foi. Quant au mandataire, s'il apparaît en maître, c'est au cours de ses rapports avec le tiers, rapports qui ne constituent pas le *negotium* du mandat, mais seulement sa conséquence naturelle. Nous ne déduirons cependant pas de ce raisonnement que le mandat de crédit est valable comme révélant à l'analyse qu'il contient un *negotium* propre au mandant ; cette exigence ne se trouve à aucun degré dans les textes et pourrait même avoir les plus dangereuses conséquences. En effet, si, à la base de tout mandat, se trouve le *negotium proprium* du mandant comme condition à la fois nécessaire et suffisante, on est amené à rapprocher jusqu'à les identifier le mandat et la gestion d'affaires, ainsi que d'ailleurs le fait Förster¹ : « Tout ce qui différencie le mandat de la gestion d'affaires, c'est que dans cette dernière il manque l'ordre » ; un tel rapprochement arbitraire en lui-même conduira son auteur à une définition du mandat, soit singulièrement inexacte, soit incomplète : « Le mandat est le contrat en vertu duquel une personne s'oblige gratuitement de conduire ou gérer l'affaire d'une autre pour le compte de celle-ci². »

1. *Op. cit.*, p. 70.

2. *Op. cit.*, l. c.

Il importe de remarquer qu'à Rome le mandataire agissait toujours en son propre nom, sauf à rendre compte ; faisant abstraction des rares cas où la représentation est admise, l'on ne saurait dire qu'il agit « pour le compte d'autrui » dans le sens accordé aujourd'hui à ce terme. Comme l'a déjà observé M. Bortolucci¹, cela est si vrai qu'il n'y a, même pas en latin, d'équivalent exact à l'expression « agir pour le compte d'autrui », si ce n'est, par à peu près, « *alicujus gratia agere* ». Or, si c'est ce sens qu'il faut introduire dans la définition, elle demeure incomplète puisque le mandat peut être *aliena gratia*. Aussi, nous semble-t-il préférable de définir le mandat tel qu'il ressort des Institutes de Gaius, l. 3, §§ 155 et 156 : « Le contrat par lequel on charge une personne, qui l'accepte gratuitement, d'accomplir un acte qui n'est pas uniquement dans son intérêt². »

A cette large conception du mandat, qui comprend aussi bien le mandat *mea gratia* que le mandat *aliena gratia*, et par conséquent le mandat de crédit, on peut reprocher de ne pas tenir compte de la nullité des conventions en faveur des tiers, ainsi que du principe de manque d'effets juridiques des contrats qui n'intéressent pas les parties contractantes. C'est dans cette objection qu'il faut voir l'origine des théories qui demandent un *negotium proprium* du mandant pour assurer la validité du mandat ; poussé par Förster à

1. *Op. cit.*, p. 169.

2. Girard, *Manuel*, p. 618 : « Le mandat est le contrat par lequel une personne charge de faire quelque chose *dans son intérêt* une autre personne qui accepte gratuitement cette mission. » ; Cuq, *Manuel*, p. 489 : « Le mandat est un contrat consensuel par lequel une personne charge une autre personne, qui l'accepte de lui rendre gratuitement un service.

ses extrêmes limites, nous avons vu combien ce système est dangereux ; réduit à une simple explication tel qu'on le trouve dans Brinz, nous le croyons inutile.

Selon Brinz ¹, en effet, dans tout mandat valable on retrouve un *negotium* du mandant, indépendamment du fait qu'il peut être conféré dans l'intérêt d'un tiers, car dans tous les cas le *negotium* est voulu par le mandant et cette manifestation de volonté suffit à le rendre sien. Autrement dit, la volonté du mandant exprimée par l'acte même de mandat dont l'objet est un *negotium* du tiers suffit à rendre sienne cette affaire. Cette opinion se fonde sur un texte du Digeste, 3.5.5, § 11, Ulpien l. 10, *ad ed.* ² :

« *Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicum admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset tuque postea cognoveris et ratum habueris : an negotiorum gestorum actione me possis convenire, et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium : et sicut ei a quo ex actum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debeat post ratiabitionem adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum.* »

Même si ce texte n'est pas aussi gravement interpolé que le croit M. Bortolucci ³, notamment dans toute

1. Brinz, *op. cit.*, § 334, p. 775, et § 321, p. 638.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 39.

3. *Op. cit.*, p. 172, n. 3.

sa période finale, nous ne croyons pas encore qu'il contienne autre chose qu'une solution d'équité strictement limitée à l'espèce examinée : *A*, se croyant faussement débiteur de *B*, paye cette dette putative entre les mains de *C*, qui est vraisemblablement le gérant habituel, l'homme d'affaires de *B*. L'opération fera naître un rapport résultant du paiement de l'indû entre *A* et *C* et au contraire n'engendrera pas une relation de gestion d'affaires entre *C* et *B* ; celui-ci, n'ayant aucune affaire, *C* n'a en réalité rien géré du tout. Si toutefois *B* ratifie la réception du paiement par *C*, c'est lui qui dorénavant sera tenu envers *A*, et inversement, c'est envers lui que sera tenu *C* devenu gérant par la ratification. Ainsi, par une manifestation de sa volonté, *B* a fait l'opération sienne, mais quelle opération ? Assurément celle du paiement, qui est la seule qui le concerne, et non pas le *negotium* objectif, puisque, s'il y a un créancier réel, il le restera encore que *B* ratifie. En dehors de cela, ratifier veut pratiquement, et dans la grande majorité des cas, dire que la somme reçue par le gérant a été, soit remise à celui en vue duquel le paiement a été fait, soit qu'il a consenti à ce qu'elle fût employée dans son intérêt, et il est très équitable, dans ces conditions, que celui qui a faussement payé et qui risque de ne plus rien trouver entre les mains du gérant ait à qui s'adresser. Il est tout aussi normal que le gérant ait à rendre compte de l'emploi de la somme. Le tout se passe en marge du domaine des contrats et en vertu des rapports quasi contractuels qui naissent de l'enrichissement injuste et de la gestion d'affaires ; aussi nous semble-t-il impossible d'étendre ces solutions au

contrat de mandat et de dire que lorsqu'on mande *aliena gratia*, une manifestation de volonté suffit à rendre sien un *negotium* qui, objectivement, appartient au tiers. Ce serait là admettre une fiction étrangère au droit romain, en contradiction avec les principes généraux et avec l'opinion (unanimentement admise¹ et confirmée par les textes) que mander *aliena gratia* revient à se comporter en gérant d'affaires du tiers contre qui le mandant aura l'action *negotiorum gestorum contraria*². Or, on ne peut, en même temps, entendre gérer les affaires d'un tiers et entendre les rendre siennes.

De plus, disions-nous, cette fiction est inutile ; un mandat est valable quand son objet est convenable, et celui-ci l'est toujours, sauf dans le cas où il ne présenterait d'intérêt que pour le mandataire. Ce disant, l'on ne risque pas de se heurter au principe de la nullité des conventions en faveur d'autrui, car, alors, il serait inexplicable que Gaius dise dans ses Institutes, 3, 155 : « *Mandatum consistit sive nostra gratia mandemus sive aliena ; itaque sive ut mea negotia geras sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio et invicem alter alteri tenebimur in id quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet* », alors qu'il proclame dans le même livre de ses Institutes le manque d'effets juridiques des conventions en faveur des tiers³. La raison de cette appa-

1. Admise par Brinz lui-même, *op. cit.*, § 321, p. 652, n. 82.

2. D. 3.5.27 ; 17.1.20, § 1.

3. Il va sans dire que nous ne prétendons pas que le mandat *aliena gratia* comporte une exception à la nullité des stipulations en faveur d'autrui ; le tiers bénéficiaire du mandat n'a lui-même aucune action ressortant du mandat, de même que le tiers, lorsqu'il y a stipulation

rente contradiction est que, dans le mandat *aliena gratia*, le mandant a toujours un intérêt, du moins indirect, en tant qu'il est considéré gérant d'affaires du tiers. Cet intérêt, qui sans se confondre avec celui du tiers peut néanmoins lui être parfois égal, a été, de fort bonne heure, pris en considération, comme nous le prouve le D. 3.5.27 (28). *Iavolenus* l. 8, *ex Cassio* : « *Si quis mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, quanto Seii et Titii interest : Titii autem interest, quantum is Seio praestare debet, cui vel mandati, vel negotiorum nomine obligatus est...* » En ce qui concerne le moment où prend naissance cet intérêt dérivé de la présomption de gestion d'affaires, si c'est au moment de l'émission du mandat ou à celui de l'exécution, c'est là une question de circonstances, selon Girard¹, et cette opinion explique le texte d'Ulpien, l. 31, *ad. ed.*, D. 17.1.8, § 6 : « *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit, ceterum si nihil interest cessat mandati actio...* »

En dehors de ces considérations, il peut encore exister, et de fait il existera toujours, un certain intérêt du mandant à l'exécution, non seulement si l'affaire sur laquelle porte le mandat ne lui appartient pas, mais même si l'opération qui en est l'objet semble être en faveur du mandataire ou du tiers. C'est ainsi que nous avons vu le mandat de faire adition d'hérédité (D. 17.1.32), être pleinement valable, quoiqu'il

pour autrui, ne possède aucune action ressortant de la stipulation. Mais là où la stipulation pour autrui est nulle entre les parties contractantes elles-mêmes, le mandat *tertii gratia* ne l'est pas.

1. *Manuel*, p. 620.

porte sur une affaire spécifiquement propre au mandataire et qui semble dans son intérêt, mais l'on comprend parfaitement l'intérêt, dans un sens large, que peut avoir le mandant légataire ou créancier de la succession à ce que l'addition soit faite. C'est dans cet esprit que nous avons tenté d'établir² que « *quod mea non interest* » ne signifie pas « *nihil interest* ». S'il en était autrement, il serait inconcevable qu'après avoir énoncé dans le l. 31, *ad. ed.*, D. 17.16.6, § 4 : « *Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio* », Ulpien se déjuge aussitôt, l. 31, *ad. ed.*, D. h. t. 8, § 6 : « ... *Ceterum si nihil interest cessat mandati actio...* ». Mais il n'y a pas discordance entre ces deux textes pour la raison qu'ils ne traitent pas du même sujet et que conférer un mandat *quod mea non interest* n'exclut pas, nous le répétons, tout intérêt du mandant. Notre opinion s'étaye sur la grande autorité de Cujas³ à qui nous l'empruntons et pour lequel, déjà, il n'y avait pas contradiction entre les deux textes « *quia non dicit ei tantum competere actionem mandati, qui mandaverat quod sua intererat, sed tunc competere actionem mandati cum cooperit interesse eius qui mandavit et retro § 4, si tibi mandavero, non dicit ei competere actionem mandati cuius nihil interest, sed ei etiam qui mandaverat quod sua non intererat...* »

Somme toute, sans nier l'importance dans le genre

1. Cf. *supra*, p. 27.

2. Cujas, *Opera Omnia* (édition de Naples, 1722). t. III, l. 17, ch. 92; p. 503.

mandat de l'espèce des mandats avec *negotium proprium* du mandant¹, nous croyons qu'un recours à cette notion est loin de suffire à expliquer tous les cas de mandat valable, sauf toutefois si l'on en vient à ne plus considérer le *negotium* dans son entité statique, mais dans son dynamisme et dans la complexité de ses effets, ce qui reviendrait à dire qu'un mandat est valable chaque fois qu'il n'est pas *tua gratia*. Cela est si vrai qu'en dehors des cas où nous avons vu un mandat être valide, quoique le *negotium* appartienne au mandataire ou au tiers, l'on en trouve d'autres où, selon le point de vue auquel on se place, le *negotium* appartient indifféremment au mandant ou au mandataire; ainsi Ulpien, 31, *ad. eod.*, D. 17.1.16¹ « *Si quis mihi mandaverit in meo aliquid facere et fecero, quaesitum est, an sit mandati actio. et ait Celsus libro septimo digestorum hoc respondisse, cum Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, ut in hortis eius quos Ravennae habebat, in quos omnibus annis secedere solebat, sphaeristerium et hypocausta et quaedam ipsius valetudini apta sua impensa faceret : deducto igitur, quanto sua aedificia pretiosora fecisset, quod amplius impendisset posse eum mandati iudicio persequi.* » On peut, dans ce cas, dire que le mandat porte sur les affaires du mandataire puisque c'est sur sa propriété qu'il s'agit de faire des améliorations, mais on peut tout aussi bien considérer que le *negotium* concerne le mandant locataire

1. Le type du mandat avec *negotium proprium* nous est fourni en ce qui concerne le mandat *aliena gratia* par le D. 17.1.48, § 1. Mais il faut se garder de croire que ce soit là le cas normal du mandat de crédit. Cf. Girtanner, *op. cit.*, p. 541 et Förster, *op. cit.*, p. 46, n. 2.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 286.

qui mande en vue de sa commodité. Il en sera de même dans le mandat d'acheter une chose dont le mandataire est copropriétaire : Paul, 32, *ad. ed.*, D. 17.1.22, § 4; Africain, l. 8, *quaest*; D. h. t. 34, § 1. Enfin, le mandat de libérer un débiteur du mandataire, D. h. t. 27, pr., paraît tout aussi inexplicable si on le considère sous l'angle du *negotium proprium*.

En conclusion, nous pouvons dire que l'appartenance du *negotium* à l'un quelconque des sujets du mandat est aussi impuissante à assurer un critère de validité du mandat qu'à fonder une incompatibilité entre le mandat *aliena gratia* et le mandat de crédit. En fait, non seulement le mandat de crédit constitue toujours une opération *aliena gratia* (ou encore *tua et aliena gratia* si la créance porte des intérêts), comme cela est logique et comme nous l'enseignent le D. 17.1.2 et les Inst. 3.26, mais encore de nombreux mandats considérés généralement comme *aliena gratia* simples renferment un mandat de crédit ; il en est par exemple ainsi de l'ordre de cautionner pour Titius ou d'acheter un fonds pour lui puisque l'exécution de ses ordres a pour effet de rendre le mandataire créancier du tiers. Il est plus frappant encore d'observer qu'un même mandat peut, selon les circonstances, se présenter soit en mandat *aliena gratia* simple, soit en mandat de crédit, comme c'est le cas du mandat « *ut Titii negotia geras* », selon que cette gestion impose ou non au mandataire le caractère de créancier du géré.

C'est en nous fondant sur toutes ces raisons que nous croyons être en droit de déclarer que le mandat de crédit, dont l'objet est analogue à celui d'un

mandat *aliena gratia*, se trouve constituer une opération tout aussi pleinement valable et au même titre c'est-à-dire au titre de mandat. Cette opinion n'est d'ailleurs que celle exprimée par la grande majorité des textes ; qu'avant de triompher définitivement, cette manière de voir ait été discutée, rien de plus certain ; toutefois, les témoignages qui nous sont parvenus de cette controverse, tant par Gaius que par Celse, loin d'infirmer nos conclusions, ne font qu'éclairer le processus normal d'une évolution qui n'est pas sans autres exemples. Cette évolution, qui n'est pas tant celle du mandat que celle du concept d'intérêt du mandant, commence vraisemblablement du temps de Servius pour aboutir après Celse, mais, dès avant ce dernier, il paraît certain que pour la très grande majorité des jurisconsultes, le mandat de crédit est valable et qu'aucun principe essentiel du droit du mandat ne s'oppose à ce qu'il puisse naître à l'intérieur de cette catégorie de contrats.

B) LE FONDEMENT JURIDIQUE DU MANDAT DE CRÉDIT :

Trouver la cause juridique des obligations produites par le mandat de crédit est un problème résolu d'avance pour qui admet la validité de l'opération en tant que mandat. Cela n'est évidemment pas l'avis de la doctrine qui croit que l'ordre donné à quelqu'un d'ouvrir un crédit à un tiers ne saurait constituer un mandat valable et pour qui seule l'adjonction d'une promesse de garantie pourrait confé-

rer une existence juridique à l'opération tout en servant de base aux obligations à naître¹.

Même en faisant abstraction de tout ce qui concerne la validité du contrat de mandat, nous ne croyons pas que cette opinion puisse être exacte et cela pour plusieurs raisons :

1° Les textes ne font aucune allusion à une promesse de garantie distincte de celle que contient n'importe quel mandat ; nous avons même vu que les sources ne parlent jamais que de mandat et d'actions de mandat² ; une constitution de Gordien portée au Code (et qui, jusqu'ici, n'a guère attiré l'attention à ce point de vue), nous semble être très clairement en ce sens :

Code, 4.35, *mandati* 7 : « *Si litteras eius secutus, cui pecuniae auctor fuerat, ei qui tibi litteras tradidit pecunias credidisti, tam adversus eum, qui a te mutuam sumpsit, quam adversus eum, cuius mandatum secutus es, mandati actio tibi competit.* »

L'opération décrite dans cette loi n'est même pas appelée du nom spécial de mandat de crédit, mais simplement mandat, c'est ce mandat qui est *secutus*, et c'est de là que ressort l'action *mandati*.

D'autre part, il semble impossible de prendre pour des manifestations distinctes de volonté comme le veut Förster, certaines expressions variables que l'on trouve dans des textes relatant tout au long les

1. Il est intéressant de voir comment des auteurs déjà anciens avaient envisagé la possibilité de ces hypothèses tout en les réfutant, ainsi Gesterding, *Neue und alte Irrtümer* (Greifswald, 1818), p. 191 et 192 : « De tout mandat valide ressort une promesse de garantie et c'est pourquoi dans le mandat de crédit il n'est pas besoin d'une promesse spéciale. »

2. Laquelle n'apparaît pas conférée *utiliter*.

circonstances de la conclusion d'un mandat de crédit. Ainsi, D. 17.1.12, §§ 13 et 14, « *Periculo meo crede, bene credis* » D. h. t. 59, § 5, « *Indemnem rationem tuam me esse* » ; D. 46.1.24, I, « *Si petierit a te frater meus, peto des ei nummos fide et periculo meo.* »

Etant donné le caractère consensuel du contrat de mandat, les contractants, loin d'être esclaves d'une formule invariable, peuvent se servir des termes qui leur paraissent les plus convenables. Ainsi, ils pourront dire ou écrire *peto* en place de *mando*, et de même ils peuvent définir le contrat qui les lie par le principal de ses effets, ce qui est d'un usage pratique courant et où l'on ne saurait y voir une promesse distincte, pas plus qu'on ne le pourrait dans un contrat de louage où le bailleur spécifierait qu'il se charge de procurer la jouissance de la chose au locataire.

Cette manière de voir est confirmée, d'ailleurs, par l'un des textes mêmes que Förster cite à l'appui de sa propre thèse :

Paul, l. 4, quaest., D. 17.1.59, § 5¹ : « *Ille illi salutem mando tibi ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo : in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Bleasius Severus, prastaturum.* »

L'expression *indemnem rationem tuam me esse*, dans laquelle on veut voir une manifestation spéciale de la volonté de s'obliger, est immédiatement suivie

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 296.

par *ex causa mandati*, ce qui réduit à néant l'hypothèse et démontre de manière évidente que c'est bien en vertu du mandat que la mandataire sera indemnisé.

2° Si le mandat de crédit est nul en lui-même, comment concevoir qu'un contrat nul de par ses propres éléments sera rendu valable par l'adjonction d'un élément qui lui est étranger ?

3° Si l'on admet que, pour Gaius et Sabinus, le mandat de crédit est nul, mais qu'ils le considèrent validé par une manifestation de la volonté de s'obliger que traduit la promesse de garantie, il faudrait, pour qu'à l'époque de ces jurisconsultes la promesse soit valable, qu'elle soit faite en la forme d'une stipulation¹, auquel cas ce n'est plus du contrat consensuel et de bonne foi qu'est le mandat, mais du contrat formel et de droit strict qu'est la stipulation que naissent des obligations.

Si, au contraire, comme v. Thur, Sokolowski, Förster et Köstlich² le croient, c'est d'une promesse de garantie non formelle qu'il s'agit, il est impossible d'accuser Sabinus d'avoir voulu rendre valable juridiquement un contrat nul par l'adjonction d'une promesse non formelle. C'est donc un dilemme parfaitement insoluble.

4° Si, enfin, les jurisconsultes n'avaient fait que se

1. Cf. Geib, *op. cit.*, pp. 166-167.

2. V. Thur, *op. cit.*, p. 20 : « Les Sabinien se sont servis de l'*actio mandati directa* comme sanction d'une promesse de garantie non formelle. » — Sokolowski, *op. cit.*, p. 9 : « La *causa debendi* n'est pas le mandat mais une *promissio indemnitalis*, analogue à une promesse unilatérale et aformelle. — Förster, *op. cit.*, pp. 92-94 : « Donc, Sabinus ne pense qu'à la promesse de garantie et, quoique parlant d'un ordre, il ne peut pas s'y tromper. » Dans le même sens Köstlich, *op. cit.*, p. 21, ss.

servir de l'action *mandati contraria* pour sanctionner une promesse de garantie du mandant relative au dommage que pouvait subir le mandataire, celui-ci ne pourrait se tourner vers le garant qu'après avoir subi ce dommage par non paiement ; or, il est constant que le mandataire peut agir contre le mandant avant d'avoir agi contre le tiers, ou, en d'autres termes, qu'il a la *libera electio*¹.

5° Plus encore que les précédents, un dernier argument nous fait voir que les jurisconsultes de l'époque classique étaient à tel point éloignés de l'idée d'une promesse de garantie adjointe au mandat qu'ils admettaient des conclusions radicalement différentes de celles qu'eût entraîné l'existence de cette promesse. Ainsi, Julien, cité par Africain, D. 16.1.19, pr. et § 1, décide que le mandat de faire addition d'une hérédité ne constitue pas une intercession, alors que d'après le même Julien, il est hors de doute que si, dans ce cas, une promesse de garantie intervenait, il y aurait intercession.

SECTION III

LES EFFETS DU MANDAT DE CÉDIT

PAR RAPPORT A CEUX DU MANDAT ORDINAIRE.

Ce n'est pas dans leur ensemble que nous étudierons à présent les effets du mandat de crédit², mais

1. Cf. *infra* ch. III, section II. (B)

2. Cf. *infra* ch. III, section II.

seulement en tant qu'ils pourraient présenter des anomalies par rapport à ceux du mandat ordinaire ; ainsi, nous essayerons de déterminer si, quoique formant, en principe, un mandat valable, le mandat de crédit ne se détache point par la suite de cette catégorie de contrat pour se trouver soumis à un droit différent.

S'il est indéniable que, dans son ensemble, le mandat de crédit est régi par les règles propres au mandat, il n'en reste pas moins qu'il comporte certains aspects qui lui sont particuliers. Selon Förster¹ et la doctrine qu'il représente, ces aspects trahissent la nature, étrangère au mandat, de l'institution ; au contraire, selon M. Bortolucci², ces différences ne révèlent que l'objet spécial du mandat de crédit et non pas une nature particulière ; tout en nous rangeant à ce dernier avis, nous ferons la réserve que cet objet spécial ne suffit pas à expliquer toutes les différences que l'on peut relever, et notamment celles relatives à l'existence intermittente de l'action *mandati directa* ; son inexistence dans certains cas ne faisant que découler du libre jeu des principes communs à tous les mandats.

A) *Particularités tenant à l'objet spécial du mandat.*

1° Le mandataire se comporte en maître de l'affaire : il peut intenter les actions sans recevoir

1. *Op. cit.*, pp. 41 ss.

2. *Op. cit.*, p. 182 ss.

de nouveaux mandats, remettre la dette, nover, ou opérer compensation. Ce que le mandant a voulu, c'est que le mandataire devienne créancier ; c'est en cela que consiste le mandat, et c'est de son accomplissement que découle la position juridique et, par conséquent, la liberté d'action du mandataire. Cette liberté se trouve d'ailleurs bien plus limitée que les apparences ne le font croire, puisque si le mandataire agit trop tôt ou trop tard, nove, remet ou compense outre les termes du mandat, il commet une faute autorisant le mandant à se servir de l'exception de ce contrat de bonne foi, pour refuser de l'indemniser de ses débours.

La liberté d'action du mandataire n'est du reste pas un phénomène spécifique au mandat de crédit et il n'est pas impossible de trouver tel cas de mandat ordinaire où il se retrouve ; ainsi, dans le mandat de vendre une chose appartenant au mandant, une fois la chose vendue, le mandataire est tenu de consigner le prix entre les mains du mandant, mais si le tiers acheteur ne paie pas, il est hors de doute que le mandataire pourra le poursuivre sans que soit nécessaire l'émission d'un nouveau mandat.

2° C'est le mandataire qui perçoit les intérêts que la créance pourrait produire et non pas le mandant. Ce n'est là qu'une conséquence naturelle de la position de créancier du mandataire, position qui, elle-même, est la suite de l'ordre reçu et exécuté. Il serait, par contre, entièrement illogique que ce soit le mandant qui jouisse des avantages de la créance ou autrement dit qu'il devienne créancier, ce qui ne

correspondrait ni à sa volonté ni au but du mandat de crédit; il est même permis d'affirmer que chaque fois que le mandant perçoit les intérêts, cet indice révèle qu'il s'agit d'une opération au cours de laquelle le mandant prête ses propres deniers en se servant du mandataire comme d'un simple intermédiaire dont l'activité se rapproche de celle d'un gérant d'affaires; dans ces conditions, il est normal que tout se passe aux profits et risques du mandant, tandis que le mandataire n'y a aucune part réelle; mais il est évident que cette opération n'est plus un véritable mandat de crédit, ainsi que le confirment deux des rares textes qui y fassent allusion :

a) *Celse*, l. 7 dig., D. 17.1.48, §§ 1 et 2², qui n'admet pas la validité du mandat de crédit, tandis qu'au contraire il déclare valable le mandat de prêter au nom, profit et péril du mandant une somme lui appartenant.

b) *Ulpien*, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.8, § 10 : « *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus et Labeo scribit restituere eum coportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret, quamvis si periculo suo credidisse, cessaret, inquit Labeo, in usuris actio mandati.* »

Il est donc bien évident que la perception des intérêt par le mandataire ne relève que de l'objet spécial du mandat de crédit qui pousse le manda-

1. Cf. *supra*, p. 41

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 283.

taire à devenir créancier pour son propre compte ; au reste, il est presque superflu de mentionner que ces intérêts ne peuvent donner lieu à un recours en garantie contre le mandant qu'au cas où le mandat spécifie d'en exiger ; au cas contraire, le mandataire pourrait bien en demander au débiteur par l'action du prêt, s'il y a lieu, mais non pas au mandant par l'action *mandati contraria*.

L'enrichissement du mandataire par les intérêts pose encore le problème de savoir s'il ne contrevient pas à la nature gratuite du mandat, D. 17.1.1, § 4 : « *Mandatum nisi gratuitum nullum est.* » Il convient premièrement, d'observer que la condition de gratuité absolue devait avoir disparu d'assez bonne heure, puisque du temps d'Ulpien non seulement le mandataire pouvait, sous des noms divers, recevoir une rétribution, mais qu'encore il pouvait l'exiger¹ par une *persecutio extra ordinem*². Secondement, il importe de distinguer une fois de plus les rapports entre mandant et mandataire de ceux entre mandataire et tiers, à l'égard du mandant l'opération est gratuite puisque le mandataire ne demande pas à être rémunéré pour agir ; quant aux intérêts, ils ne sont que la conséquence du crédit et incombent en principe aux tiers. Pour contrevenir à la règle de gratuité, le mandataire devrait dire : « Je consens à prêter à intérêt 100 à Titius, mais à condition que tu me donnes 10. » Somme toute, la productivité d'intérêts de la créance intéresse aussi peu la nature que

1. D. 17.16, § 7; Ulpien, 31, *ad. ed.*

2. Girard, *Manuel*, p. 621, n. 2 et 3; Cuq, *Manuel*. pp. 490-491.

la validité du mandat de crédit, ainsi que nous l'indique un texte de Paul, l. 4, quaest., D. 46.1.71, § 2 : « *Placet mandator teneri etiamsi faeneraturo creditori mandet pecuniam credere*¹. »

Par conséquent, la nature de mandat de l'opération ne changera pas, même si le mandataire à qui l'on a ordonné de prêter sans intérêt en a au contraire exigé.

3° C'est encore par l'objet du mandat de crédit que s'explique la particularité en vertu de laquelle c'est toujours le mandataire qui se trouve avancer la substance du crédit. Il ne saurait en être autrement puisque c'est là le but même de l'opération.

4° Le moment auquel le mandataire peut exercer l'action *contraria* diffère du mandat ordinaire à celui de crédit. En effet, au cours d'un mandat habituel, le mandataire, une fois faites les dépenses, peut se retourner contre le mandant pour en exiger le remboursement sans plus attendre ; si, au contraire, c'est d'un mandat *ut Titio credas* qu'il s'agit, il ne pourra le faire que lorsque le tiers n'aura pas payé, c'est l'échéance de la dette du tiers qui fait échoir celle du mandant et c'est à partir de ce moment que le mandataire aura le *jus eligendi*².

Cette différence n'est qu'apparente, puisque, selon les principes généraux du mandat, ce qui convient au mandataire, c'est de ne rien perdre en exécutant l'ordre ; or, dans un mandat dont l'ordre est justement

1. Même si ce texte était altéré, comme beaucoup de ceux qui traitent de l'excès de mandat, il n'en demeurerait pas moins intéressant pour le principe qu'il expose.

2. Cf. *infra* ch. III, section II. (B)

de devenir créancier, c'est à l'échéance seulement que l'on pourra savoir s'il y a ou non une perte. Nous n'entendons pas dire par là que le mandataire devra agir contre le tiers avant de le faire contre le mandant ; au contraire, il suffira simplement que le tiers ait pu être poursuivi pour que le mandant puisse l'être. Au moment de l'accomplissement du mandat, l'appauvrissement du mandataire résultant de la concession du crédit s'est trouvé compensé par la créance obtenue contre le tiers ; ce n'est que lorsque le tiers ne paye pas spontanément à l'échéance que cette créance commence à perdre de sa valeur et qu'il est normal que le tiers s'adresse au mandant.

5° Selon certains auteurs ¹, le mandat de crédit présenterait encore la particularité de nous montrer le mandant comme rendant un service alors que le contraire est ordinairement de règle. Nous croyons que cette observation procède d'une simple apparence et que dans tout mandat c'est le mandataire qui rend service puisqu'il accomplit l'acte voulu par le mandant ; il serait donc inexact de dire que c'est le mandant qui rend service en tant qu'il garantit au mandataire qu'il ne perdra rien en exécutant son ordre, et cela d'autant plus que cette garantie ne fait que découler des règles communes à tous les mandats.

6° Le mandataire de crédit n'est pas obligé de rendre des comptes. Cette dernière particularité nous fait, mieux encore que les précédentes, voir combien les déviations présentées par le mandat de crédit aux

1. E. Le Saché, *Du mandatum pecuniae credendae* (thèse, Paris, 1890), p. 16 ; dans le même sens Förster, *op. cit. loc. cit.*

normes habituels des mandats relèvent de son objet et non pas de sa nature ou de sa structure. Si les textes ne parlent jamais d'une reddition de comptes effectuée par le mandataire, c'est qu'on ne peut imaginer sur quoi elle porterait : le mandataire de crédit ne reçoit pas de fonds du mandant, n'acquiert rien pour lui, ne peut lui causer aucun dommage, de quoi par conséquent lui rendrait-il compte ? Tout ce que le mandant peut exiger, c'est que lui soient cédées les actions contre le tiers au cas où la carence de celui-ci l'amènerait à payer à sa place ; or, pour décider le mandataire à cette cession, le mandant possède à la fois l'action du mandat et l'exception qui lui permet de ne pas payer tant qu'il n'a pas reçu les actions.

B) L'action *mandati directa*.

L'existence de l'action *mandati directa* au cours du mandat de crédit est, ainsi que nous le verrons en étudiant le fonctionnement de l'institution, une des questions les plus controversées de la matière. Pour beaucoup d'auteurs, cette action n'existe pas dans sa fonction exécutoire, et certains, comme Förster, en déduisent l'invalidité de l'opération en tant que mandat. Nous nous bornerons pour le moment à observer que, premièrement, l'existence d'une action n'est pas une condition de validité d'un contrat, mais une de ses conséquences et, secondement, que l'on ne peut, de ce qu'une action n'existe pas à un certain moment,

ou bien qu'elle se trouve paralysée, conclure à la nullité du contrat qu'elle sanctionne.

De plus, rien n'est moins prouvé que l'inexistence de l'action en exécution ; et même si l'on peut imaginer certains cas où elle n'existe pas, cela ne serait pas encore une dérogation aux principes généraux qui gouvernent les mandats, mais simplement leur application : « *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit : ceterum si nihil interest, cessat mandati actio*¹. » On n'en saurait tirer que l'opération n'est pas un mandat.

Pour explicables que soient par son objet spécial les particularités réelles du mandat de crédit, il faut cependant reconnaître qu'elles ne laissent pas de composer à notre institution une silhouette bien particulière parmi celles des autres mandats. Il est normal qu'il en soit ainsi, car si l'objet de l'opération, comme celui de tout mandat, est de faire faire par autrui ce que l'on ne veut pas ou que l'on ne peut faire soi-même, il n'en est pas moins vrai qu'en l'espèce l'acte accompli est l'octroi d'un crédit et que la conséquence immédiate du mandat est de le garantir ; le résultat final était donc de réaliser un agissement très voisin du cautionnement, et c'est bien dans ce but que l'institution était usitée. Rien dans ces circonstances nouvelles ne pouvait cependant empêcher l'opération de continuer à constituer un mandat valide, et c'est bien dans cette catégorie de contrats que Gaius et

1. Ulpien, l. 31, *ad. éd.*, D. 17.1.8, § 6 ; cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 283.

Justinien persistent à la classer ; néanmoins, par la force des choses, il devait se faire une mise en accord des conséquences de l'acte avec le but poursuivi, et c'est ainsi que certains effets du mandat qui ne correspondaient plus ni à ce but ni au contenu même de l'acte furent écartés ou plutôt délaissés, ainsi que nous en avons vu un exemple en ce qui concernait la reddition de comptes. D'autre part, les jurisconsultes ne pouvaient se laisser abuser par la forme au point de méconnaître la substance ; aussi, le mandat de crédit se trouva-t-il bientôt rangé parmi les intercessions¹, et de même voyons-nous qu'une capacité personnelle spéciale est demandée à ceux qui veulent émettre un mandat de cette sorte². En conséquence, il apparaît que s'il est indéniable que l'ordre de prêter à Titius constitue un mandat, c'est cependant d'un mandat d'une espèce particulière et facilement reconnaissable qu'il s'agit.

1. Selon l'avis d'une grande partie de la doctrine : Windscheid, *Pandekten*, I, 2, p. 1055; Förster, *o. c.*, pp. 57-59. Nous verrons cependant que cela n'est pas toujours sûr. Chap. III sec. I (c).

2. C. 4.65.30; C. h. t. 31.

CHAPITRE II

LES ORIGINES DU MANDAT DE CREDIT

A) LE « IUSSUM » ET LE MANDAT DE CRÉDIT.

Selon Sokolowski ¹, c'est au *iussum* que se rattache l'origine du mandat de crédit ainsi que ses antécédents logiques et historiques. Cette thèse impose à son auteur la double démonstration que mandat et *iussum* sont des institutions à peu près semblables et que le *iussum* constitue une opération de garantie contenant une intercession ce qui le rend très voisin de la fidéjussion. Nous croyons qu'à ces hypothèses s'opposent tant la nature du mandat en général que le but même poursuivi par les parties au cours du mandat de crédit.

Avant tout, il importe d'observer que le mandat est un contrat bilatéral, tandis que le caractère unilatéral du *iussum* est incontestable.

Une autre dissemblance ressort de ce que l'ordre donné à quelqu'un d'accomplir un acte quelconque est un élément indissoluble de tout mandat, cepen-

1. *Op. cit.*, p. 9 et ss., et p. 64 ss.

dant il est maintenant acquis¹ que le *iussum* ne contient qu'une adhésion, une simple autorisation² donnée à l'esclave ou au fils de famille, Alex., C. 6.24.3 : « *potuit enim (servus), quamvis iubente domino, nolle adire* ». De plus, cette autorisation elle-même s'adresse généralement au fils de famille ou à l'esclave plutôt qu'au tiers, lequel ne doit qu'être mis à même de connaître le *iussum*, comment dès lors pourrait-il se conduire comme un mandataire ? Qu'il soit seulement possible de discuter si le tiers possède l'action *quod iussu* contre le *dominus* lorsqu'il a ignoré l'autorisation au moment de contracter³ nous montre combien la nature de cette institution est éloignée de celle du mandat. Il serait cependant exagéré de dire que le *iussum* ne peut jamais s'adresser directement au tiers ou bien encore qu'il se différencie du mandat en ce qu'il suppose un état de dépendance du tiers par rapport au *iubens* ; selon M. Hubrecht⁴ il en serait ainsi chaque fois que le terme *iubere* se trouverait employé en matière de délégation, mais, d'une manière générale, l'autorisation de contracter avec son esclave paraît pouvoir être adressée par le maître à un tiers quelconque, quoique ce cas soit fort rare :

Ulpian, 29, ad ed., D. 15.4.1, § 1⁵ : « *Iussum autem*

1. Girard, *Manuel*, p. 709, n. 3 ; Guq, *Manuel*, p. 408, n. 2 ; Bortolucci, o. c., p. 228, n. 3.

2. Pour Windscheid (*op. cit.*, t. 2, p. 1041) le *iussum* se distingue du mandat en ce qu'il ne vise pas à rendre obligatoire l'exécution de l'obligation ; aussi jamais le *iubens* n'aura-t-il une action équivalente à l'action *mandati directa* pour forcer à l'exécution.

3. Girard, *Manuel*, p. 710, n. 1.

4. « *Quelques observations sur la nature de la délégation en Droit romain* » (*Rev. gén. de droit*, 1931, Extrait, p. 12).

5. Cf. *Index Interpolationum*, t. I. col. 258.

accipiendum est... et si sic contestatus sit : « Quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo » videtur ad omnia iussisse nisi certa lex aliquid prohibet. »

Les termes dont use le *iubens* démontrent combien sa volonté est éloignée de celle d'un mandant, car il n'enjoint au tiers ni ne tente de le décider d'accomplir un acte mais se borne à donner son consentement à une opération concernant son propre patrimoine. En outre, il faut remarquer que, tandis que le mandataire tend à accomplir une opération *pour* le mandant, le tiers contractant avec la personne *in potestate* en vertu d'un *iussum* tend à accomplir une opération *avec* le *dominus*.

Il existe cependant certains textes présentés par Sokolowski comme opérant un rapprochement entre *iussum* et mandat en ce que le terme de *iussum* s'y trouve employé, alors qu'il ne pourrait s'agir que de mandat ; il en est ainsi des D. 16.3.1, § 14 ; 43.24.6 ; 17.1.6, § 6 ; 46.3.108.

Pour ce qui est du premier de ces textes¹, Ulpien, 30, *ad. ed.* ; D. 16.3.1, § 14, le verbe *iubere* n'y est certainement pas employé dans son sens technique, pas plus qu'en celui de *mandare*, mais simplement pour indiquer une manifestation de volonté, ainsi que nous le prouve la suite du texte au cours duquel diverses hypothèses sont examinées : celle où par ce *iussum* le *iubens* a entendu faire agir quelqu'un en son propre nom, celle où il n'y aurait qu'un simple conseil et enfin celle où il s'agirait d'un mandat. Il nous semble que c'est de la même manière que doit être compris *iussum* dans le second texte ; Paul, l. 67,

1. Côté plus haut p.

ad. ed., D. 43.24.6 : « *Si ego mandavero opus novum facere tu alii non potest videri meo iussu factum...* »

Ulpien, 30, *ad. ed.*, D. 17.1.6, § 6 : « *Apud Iulianum libro tertio decimo digestorum quæritur : si dominus iusserit procuratorem suum certam pecuniam sumere et faenerare periculo suo ita, ut certas usuras domino penderet dumtaxat, si pluris faeuerare potuisset, ipse lucraretur, in creditam, pecuniam videtur inquit, accepisse. [plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque eum teneri, quemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris suis negotia gessit.]* »

Depuis que la seconde partie de ce texte a été reconnue être source postclassique¹, il ne subsiste aucun moyen d'en déduire un rapprochement entre le *iussum* et le mandat mais même à l'époque où la phrase finale a été ajoutée, ce n'est pas un rapprochement mais une opposition qui est faite entre le premier cas où il est question d'un *iussum* et le second où, en spécifiant qu'il s'agirait cette fois d'un mandat, l'action de ce contrat est accordée.

Paul, l. 2, *manualium* D. 46.3.108 : « *Ei qui mandatu meo post mortem meam « ad »² stipulatus est recte solvitur quia talis est lex obligationis ideoque etiam invito me recte ei solvitur, ei autem qui iussi debitorem meum post mortem meam solvere non recte solvitur quia mandatum morte dissolvitur.* »

Ce texte résoud deux espèces différentes : la première, qui se réfère à une adstipulation, ne présente

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 282.

2. Bortolucci, *op. cit.*, p. 235.

aucune difficulté quant à sa solution ; la seconde envisage l'autorisation donnée à un créancier de recevoir un paiement du débiteur du *iubens, post mortem iubentis*, mais le débiteur qui payerait dans ces conditions payerait mal : « *Quia mandatum morte dissolvitur.* » En nous donnant cette raison, le jurisconsulte entend-il assimiler *iussum* et mandat comme le croit Sokolowski ? Selon M. Bortolucci (*loc. cit.*), la première partie du texte contiendrait un passage suspect : « *ideoque.... solvitur* », qui serait en contradiction avec l'objet de l'adstipulation : « *post mortem meam solvi* » ; quant à la seconde partie, elle envisagerait uniquement l'hypothèse d'un *iussum*, aussi cet auteur retient-il pour postclassique l'explication « *quia.... dissolvitur* ». Il ne semble pourtant pas qu'il y ait de fortes raisons de douter de la pureté du passage « *ideoque..... solvitur* », qui n'est pas nécessairement en contradiction avec l'objet de l'adstipulation, puisqu'il peut fort bien viser le cas d'un paiement volontaire avant la mort du mandant, mais surtout ce passage assure la liaison de la première partie du texte et de la seconde en indiquant que le paiement est fait en vertu de l'adstipulation et non pas en vertu du mandat de faire adstipulation. Par conséquent, le débiteur pourra se libérer valablement entre les mains de l'*adstipulator* indépendamment de la volonté postérieure du créancier principal. Si, au contraire, il n'y avait qu'un mandat de recevoir paiement, ce mandat, tant qu'il n'est pas exécuté, ne dépend que de la volonté du mandant et cette volonté cessant avec la mort du mandant, le mandat sera résolu à ce

moment : « *Quia mandatum morte dissolvitur* ». Le texte ainsi compris, il devient évident que les deux passages incriminés : « *ideoque... solvitur* » et « *quia... dissolvitur* », loin de pouvoir être supprimés, sont le pendant logique l'un de l'autre et assurent l'équilibre du fragment. En conséquence, nous croyons que c'est bien et uniquement de mandat qu'il s'agit dans la dernière partie du texte, comme d'ailleurs le laisse penser la généralité des termes, qui s'accorderait mal avec l'idée de *iussum* ; d'autre part, il est difficile de croire que le jurisconsulte n'a voulu viser que le cas d'un esclave ou d'un fils de famille ; aussi, paraît-il vraisemblable qu'une fois de plus *iubere* se trouve ici employé dans son sens général et non pas juridique.

Ulpien, 29, *ad. ed.*, D. 15.4.1, § 3 : « *Sed et si mandaverit pater dominusve videtur iussisse.* » Une scolie de Stéphane au Basilique¹ commente ce texte :

Bas. Sup. Zachariae, livre 18, titre 8, chapitre 1^{er}, scolie 6 (sur. D. 15.4.1.3)².

« *Nota dominum, etiam si mandaverit, iubere videri et quod iussu teneri. Ne credas quoad effectum idem esse iussionem et mandatum. Nam quum iussit dominus, potest is qui iussus est iussum non implere : sin animo mandatis iniunxit, qui mandatum semel suscepit, factum recusare : non polest, nisi ex generali mandati natura.* »

En même temps qu'il souligne les caractères différents du mandat et du *iussum* (provenant de ce que

1. Citée par M. Hubrecht, *op. cit.*, (Extrait, p. 11, note 3).

2. Zachariae, *Supplementum editionis Basilicorum Henubac hiauae. Zipsiae* (1846).

l'acte mandé est obligatoire pour le mandataire après l'acceptation, tandis que l'autorisation n'engage à rien celui qui la reçoit) le texte d'Ulpien accompagné de la scolie peut expliquer pourquoi l'on trouve parfois *iubere* dans un sens large alors que c'est *mandare* qui convient. Il est évident que lorsque l'on mande une chose on entend par là même l'autoriser et que tout mandat contient un *iussum* implicite ; l'inverse est au contraire insoutenable et l'on ne saurait dire qu'autoriser un acte veut dire l'ordonner. Par conséquent, l'on pourra bien rencontrer *iussum* alors qu'il faudrait juridiquement *mandatum*, mais il n'en résulte aucun rapprochement de la nature des deux institutions, ainsi que le prouve suffisamment le fait de ne pas pouvoir employer *mandare* quand *iubere* conviendrait.

En ce qui concerne plus spécialement le mandat de crédit, son point de contact avec le *iussum* serait, d'après Sokolowski, que l'une et l'autre opérations constituent des négoces de garantie¹ et que si, faisant abstraction de la différence formelle qui existe entre la fidéjussion et le *iussum*, les deux institutions ont le même contenu juridique, le *iussum* se trouve dans les mêmes conditions plus proches encore du mandat de garantie². Aussi, cet auteur découvre-t-il dans le *iussum* non seulement l'intention de s'obliger, mais encore celle de garantir³ ; en d'autres mots, le *iussum*

1. *Op. cit.*, p. 9 ss.

2. *Op. cit.*, p. 26.

3. *Op. cit.*, p. 30.

constituer une promesse de garantie valable en tant que la volonté de garantir est exprimée de manière expresse¹.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent qu'en ce qui concerne le mandat de crédit la garantie découle normalement des règles propres à tous les mandats ; au contraire, on ne voit pas comment le *iussum* pourrait constituer une opération de garantie et on peut même dire que c'en est tout le contraire². En effet, ce que fait un garant, c'est assurer au créancier qu'il ne perdra rien au cours d'une affaire qui lui est étrangère à lui garant ; à l'inverse, le *iubens* assume directement les obligations à naître d'une affaire qui lui appartient ou, autrement dit, il ne fait qu'agir *in re sua*. Une pareille institution ne peut se comprendre qu'en fonction de l'organisation très spéciale de la *patria* et de la *dominica potestas* ; il est impossible de concevoir comment, de ce cercle très restreint, elle pourrait être étendue au domaine contractuel normal. En outre, l'effet habituel d'une opération de garantie est de créer un débiteur accessoire aux côtés du débiteur principal ; or, si c'est bien ce qui arrive lorsque c'est le fils de famille (civilement capable) qui contracte *iussu patris* (cas auquel le tiers trouve en face de lui deux débiteurs : le fils tenu civilement et le père selon le droit honoraire), lorsque c'est l'esclave qui contracte *iussu domini*, le tiers n'aura en fait qu'un seul débiteur dans la personne du maître, l'obligation restant à la charge de l'esclave étant purement naturelle. Cela, sans aller jusqu'à dire, avec M. Bortolucci

1. *Op. cit.*, p. 38.

2. Dans le même sens, Förster, *op. cit.*, p. 137 ; Bortolucci, *op. cit.*, p. 230.

(*op. cit.*, p. 230), qu'une garantie suppose une obligation à garantir et que, si cela est concevable dans le cas du fils de famille, ce ne l'est pas dans celui de l'esclave, puisqu'il ne naît pas d'obligation dans sa personne. Cette opinion ne nous paraît pas entièrement exacte, car il est indéniable que l'obligation naturelle de l'esclave peut servir de support à un cautionnement (et que c'est même en cette matière qu'a probablement été écrit le texte fondamental de Julien, D. 46. I, *De fidei*, 16 § 4¹). Néanmoins, les rapports juridiques qui naissent des actes accomplis par l'esclave nous montrent celui-ci suffisamment hors de cause et l'affaire se rapportant d'une manière suffisamment directe au patrimoine du maître, pour que soit exclue l'idée d'une garantie. Aussi, Sokolowski n'argumente-t-il que sur le *iussum* du père au fils. Pourtant, même en ce qui concerne le fils de famille, l'impossibilité qu'il y a d'émettre un *iussum* relativement à ses biens adventices réguliers ou irréguliers, ainsi qu'à son pécule *castrens* ou *quasi-castrens*, nous montre combien le *iussum* est étranger à l'idée de garantie.

Les textes proposés par Sokolowski pour démontrer le rapprochement du *iussum* et de la fidéjussion ne paraissent guère décisifs et parfois même prouvent-ils contre son hypothèse :

Papinien, l. 3, resp., D. 14.3.19, § 2 : « *Tabernae praepositus a patre filius mercium causa mutuam pecuniam accepit : pro eo pater fideiussit : etiam institutoria ab eo petetur, cum acceptae pecuniae speciem fideiubendo negotio tabernae miscuerit.* »

1. Selon Girard, *Manuel*, p. 681, n. 1 (citant Gradenwitz).

Le fils de famille, préposé par le père à la conduite d'une boutique, emprunte une somme pour les besoins de ce commerce et le père garantit par une fidéiussion la restitution des deniers ; Papinien affirme que le père pourra aussi être poursuivi par l'action *institoria*. Cette opinion n'a rien d'étonnant si l'on considère qu'en cautionnant la dette de son fils, le père entend certainement l'autoriser à emprunter ; il est plus curieux de constater que le père, voulant garantir l'emprunt de son fils, ne s'est pas borné à l'autoriser d'emprunter, mais qu'il a eu recours à une véritable forme de garantie : la fidéjussion. Ainsi, loin de prouver le rapprochement des deux institutions, le fragment ne fait que mieux en préciser la nature et le sens différent.

En dehors de ce qui précède, nous croyons que la solution de la l. 19, § 2, se limite strictement à l'espèce examinée et qu'en droit classique, il est fort douteux qu'une fidéjussion vaille toujours un *iussum*.

Ulpien, l. 29, *ad ed.*, D. 15.4.1, § 5 : « *Quid ergo si fideiusserit (sc. dominus¹) pro servo ? ait Marcellus non teneri quod iussu : quasi extraneus enim intervenit : neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere : denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est* ».

Pour M. Bortolucci², la période « *neque hoc... aliud fideiubere* » serait de source postclassique, étant donné

1. Bortolucci, *op. cit.*, p. 231 : *sc. pater*.

2. *Op. cit.*, p. 231.

que la véritable et suffisante raison de la dénégation de l'action *quod iussu* est : « *Quasi extraneus enim intervenit* » qui se rapporte à la conclusion, aussi est-elle superflue en même temps que d'une tournure peu élégante. Même en faisant abstraction de ces conclusions qui, somme toute, n'influent pas sur le sens, l'esprit du texte est clair : a) La fidéjussion opérée par le maître en faveur de l'obligation de l'esclave n'est pas un *iussum* et ne saurait avoir pour suite l'action *quod iussu* ; b) la fidéjussion étant nulle, on ne pourrait même pas dire qu'elle vaut en tant que *iussum*. Ce texte se trouve donc en contradiction avec la loi 19, § 2, mais nous croyons que cette contradiction s'explique par le cas spécial que traite Papinien et aussi par le fait qu'indépendamment de toute fidéjussion, le père sera tenu par l'action *institoria* pour les obligations que le fils, préposé à la direction d'une affaire, contracte *mercium causa*. Au contraire, lorsque la fidéjussion du père est indépendante de tout rapport antérieur, elle ne pourra en aucun cas être considérée comme valant un *iussum*, ainsi que l'enseigne Marcel en des termes dont la généralité ne laisse guère de place à l'équivoque.

Il est encore intéressant de remarquer que, si l'on admet avec M. Bortolucci l'origine postclassique de la phrase « *neque hoc... aliud fideiubere* », cela va à l'encontre de l'hypothèse, énoncée pourtant par le même auteur¹, selon laquelle ce seraient les Byzantins qui auraient remanié certains textes dans l'intention d'attribuer à la volonté, ou même à la simple connais-

1. *Op. cit.*, p. 233, n. 3.

sance de cause, du père le même effet qu'a un véritable *iussum* ; la netteté de l'expression : « *aliud est iubere, aliud fideiubere* » démontre que jamais le *iussum* n'a été confondu avec la fidéiussion, ni même rapproché d'elle.

2° Ulpien, l. 7, disp. D. 46.1.10, § 2 : « *Filius familias pro patre poterit fideiubere, nec erit sine effectue haec fideiussio, primo quidem, quod sui iuris effectus poterit teneri in id quod facere potest, dein quod et dum in potestate manet, condemnari potest sed an pater ex hac causa quod iussu tenetur, videamus : et puto [ad omnes contractus quod iussu etiam referri] « teneri » sed si ignorante patre pro eo fideiusserit, cessat ista actio... »*

La pureté de ce texte avait déjà été suspectée par M. Beseler¹, mais sans qu'il ait déterminé la portée du remaniement. Plus récemment, M. Bortolucci² a démontré le caractère postclassique du membre « *ad omnes... referri* » sur le sens peu clair duquel se fonde Sokolowski. En effet, la question posée est de savoir si le fils peut valablement accomplir une fidéjussion en faveur du père, ce que le jurisconsulte trouve parfaitement possible ; il examine ensuite si le père est tenu *quod iussu*, s'il a effectivement autorisé son fils à agir ; la question est simple et Ulpien devait certainement y répondre par l'affirmative au lieu du vague « *et puto... referri* ». En définitive, tout ce que dit le texte est que si le père a autorisé son fils, il sera tenu *quod iussu*, tandis qu'il ne le sera pas si la fidéjussion a été faite sans son consentement, ce qui est évident.

1. *Beiträge*, t. 2, p. 50.

2. *Op. cit.*, p. 229, n. 1.

On ne peut aucunement en déduire qu'un pareil *iussum* constitue une intercession du père en faveur du fils. Au contraire, le *iussum* n'étant pas une opération de garantie, il ne saurait constituer une intercession ainsi que l'enseigne un texte de Modestin.

D. 16.1.25¹ : « *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur* ».

§ 1, « *Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.* »

Ainsi, le *iussum* donné par la femme à son esclave ne constitue pas une intercession, et, en conséquence, la femme ne saurait se défendre par l'exception du sénatus-consulte Velléien. Si, au contraire, elle procède à une fidéjussion en faveur de l'esclave, l'acte étant une intercession, il y aura lieu d'opposer l'exception velléienne. Il serait difficile de mieux démontrer l'incompatibilité profonde qu'il y a entre garantir l'affaire de quelqu'un et entre *iubere*, c'est-à-dire donner son adhésion à sa propre affaire.

3° Paul, l. 17, ad Plautium, D. 45.1.91, § 4 : « *Nunc videamus, in quibus personis haec constitutio locum habeat. quae inspectio duplex est. ut primo quaeramus quae personae efficiant perpetuam obligationem, deinde quibus eam producant. Utique autem principalis debitor perpetuat obligationem : accessiones an perpetuent dubium est. Pomponio perpetuare placet : quare enim facto suo fideiussor suam obligationem tollat. cuius sententia vera est : itaque perpetuatur obligatio tam ipsorum quam successorum eorum.*

1. Cfr. *Index Interpolationum*, t. I^{er} col. 262.

Accessionibus quoque suis [id est fideiussoribus] perpetuant obligationem, quia in totam causam spoponderunt. »

« § 5. *An filius familias, qui iussu patris promisit, occidendo servum producat patris obligationem videntum est, Pomponius producere putat [scilicet quasi accessionem intelligens eum qui iubeat]. »*

En ce qui concerne le § 4, nous nous bornerons à remarquer que, selon l'opinion unanimement admise de Lenel et de Krueger (D. h. l.), l'unique mention « *id est fideiussoribus* » n'est certainement pas de Paul, puisque à son époque il eût encore dû parler des *sponsores* et *fidepromissores* ; pour le reste, les conclusions du texte sont logiquement en accord avec le temps auquel il fut écrit : a) Tant le débiteur principal que les débiteurs accessoires perpétuent par leurs propres fautes leurs propres obligations ; b) Par sa faute, le débiteur principal ne perpétue pas seulement sa propre obligation, mais encore celle des débiteurs accessoires¹.

Le § 5 examine si le père qui a donné à son fils le *iussum* de promettre Stichus doit être tenu lorsque le fils tue l'esclave ; Pomponius répond par l'affirmative, et la question se pose pour nous de savoir si par là le jurisconsulte entend assimiler l'obligation du père à celle d'un fidéjusseur, ainsi que pourrait le faire croire la fin du §, « *quasi accessionem intelligens eum qui iubeat* ». Il est peu probable que telle ait été l'opinion de Pomponius qui devait plutôt admettre

1. Tandis que par sa faute le débiteur accessoire ne saurait perpétuer l'obligation du débiteur principal : D. 45.1.88 : « *Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur.* »

que le père était tenu pour une raison d'équité et aussi parce que l'affaire regarde, somme toute, directement son patrimoine² ; aussi croyons-nous que cette dernière période n'est pas de source classique, et cela non seulement à cause de l'incompatibilité de l'idée de *iussum* avec celle de fidéjussion, mais encore parce qu'il est difficile de considérer accessoire l'obligation du père concernant son propre patrimoine ; de plus, comme le fait remarquer M. Bortolucci³, si l'obligation du *iubens* était une *accessio*, il n'aurait pu y avoir aucun doute que le père soit tenu. Il importe encore d'observer que la période incriminée semble introduire dans la discussion une notion entièrement étrangère au droit classique : celle de *quasi accessio*.

4° D. 39.5.2, pr., Julien, l. 40, digestorum : « *Si cum filius familias pecuniam donare vellet, patris iussu eam promissit, valet donatio, perinde ac si fideiussorem dedisset.* »

Sokolowski se fonde principalement sur ce fragment du digeste de Julien pour affirmer la parenté en droit classique du *iussum* et de la fidéjussion³ ; il est pourtant peu probable que le jurisconsulte veuille dire cela ; nous ne croyons même pas que le texte doive être interprété comme le fait M. Bortolucci en tentant de réfuter la thèse de Sokolowski : « Julien résoud la question implicite, qu'étant donné l'*animus donandi* du fils, le *iussum* du père est suffisant pour faire naître l'action *quod iussu* en tant que ce *iussum*

1. Il faut cependant observer que le tout se passe en dehors de la responsabilité que le père pourrait encourrir de par les fautes des personnes en sa puissance.

2. *Op. cit.*, p. 232.

3. *Op. cit.*, p. 21.

a été donné dans le but d'effectuer la donation¹. » Si telle était en effet la pensée du jurisconsulte, comme elle est immédiatement suivie par « *perinde ac si fideiussorem dedisset* », il continuerait à en ressortir un certain rapprochement entre le *iussum* et la fidéjussion ; de plus, il serait inexplicable que Julien ait trouvé nécessaire de dire : le *iussum* est suffisant pour faire naître l'action *quod iussu*. Aussi paraît-il préférable de dire, en interprétant le texte littéralement, que si le fils promet de donner avec le *iussum* du père, la donation vaut, et il est nécessaire au jurisconsulte d'affirmer cela puisque le principe général est que le fils de famille ne peut effectuer de donation² ; or, si la simple adhésion du père suffit à rendre la donation valable, celle-ci le sera d'autant plus s'il s'en porte fidéjusseur. Ainsi compris, le texte ne nous semble plus opérer aucun rapprochement entre la notion de *iussum* et celle de fidéjussion.

B) THÉORIE SUR L'ORIGINE « RÉELLE » DU MANDAT DE CRÉDIT

Les théories générales sur l'antériorité des contrats réels par rapport aux contrats consensuels, ainsi que celles relatives à l'origine réelle de certains de ces contrats consensuels, n'ont pas manqué de s'en prendre aussi au mandat de crédit, d'autant plus que son nom se trouvait être d'une étymologie bien tentante

1. *Op. cit.*, p. 233.

2. D. 39.5.7., pr., Ulpien, l. 4⁴, ad. Sab. : « *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio ut perdat.* »

(*mandare, manum dare*, mettre en main ²), quoiqu'elle n'ait jamais pu être entièrement démontrée ². C'est probablement dans cet esprit que M. Huvelin écrivait ³ : « Le mandat, contrat, synallagmatique imparfait, a aussi des origines réelles, s'il est vrai, comme l'a pensé Wlassak ⁴, qu'il dérive de la *negotiorum gestio* qui, elle, naît *ex re*. » Cette opinion ne paraît cependant pas avoir rallié la doctrine et bon nombre d'auteurs, qui admettent que le mandat dérive de la *negotiorum gestio*, ne semblent pas encore lui assigner pour cela des origines réelles ⁵, du moins directement. En ce qui concerne spécialement le mandat de crédit, la démonstration de ses origines réelles n'a jamais été tentée par cette voie, ce serait en effet rechercher des antécédents bien lointains et bien difficilement probables que de dire qu'il dérive du mandat ordinaire, lequel dérive de la *negotiorum gestio*, dont les origines seraient réelles. Aussi est-ce par un autre procédé que Dniestrzanski ⁶ tente d'établir en ce sens l'origine du mandat de crédit. Selon cet auteur, parmi les communautés primitives ou familles agricoles, le crédit direct de l'une à l'autre n'était pas le seul possible ; depuis une époque très reculée, il pouvait

1. Selon Breal et Bailly, *Dictionnaire étymologique latin*.

2. A. Ernout et A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (Paris, 1931), p. 555 : « L'étymologie *man(um)* do « mettre en mains » convient bien au sens (cf. *mandare in manus dare*. Pl. Men. 783) et trouve un appui dans certaines expressions grecques ; mais on attendrait *mandere* comme *vendere*, etc. Y a-t-il eu changement de conjugaison comme dans *fodare* en face de *fodere*, etc. ? Il est difficile d'admettre que *mandare* soit dû au souci d'éviter une homonymie avec *mandere*. »

3. *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, v, art. Obligation t. IV, p. 138, n° 6.

4. *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, 1879.

5. Cf. Cuq, *Manuel*, p. 489, n. 5.

6. *Die Aufträge zugunsten Dritten*, t. I^{er}, p. 124 et ss et 190 et ss (Leipzig, 1904). (Cité d'après Bortolucci, *op. cit.* p. 219-227.)

encore se faire que l'une de ces communautés, ayant besoin d'un crédit, s'adresse à une seconde pour qu'elle le lui obtienne d'une troisième par son intervention ; la communauté qui serait disposée à accorder le crédit ne le ferait cependant que sous la condition qu'un gage lui soit consigné en garantie par le groupe intermédiaire. Telle serait l'origine réelle du « *manum, dare ut credas* ». Cette théorie, qui ne s'appuie sur aucun texte et qui ne semble pouvoir faire à aucun degré la preuve de sa véracité, offre de plus le grand défaut de ne pas tenir compte de l'antériorité des sûretés personnelles par rapport aux sûretés réelles¹, ni de l'ancienne préférence marquée des Romains pour les premières : *satisfactiones*². De même, cette doctrine méconnaît l'essence du mandat de crédit qui est de faire obtenir un crédit à un tiers sans que le mandant engage lui-même autre chose que sa foi. En dernier lieu, il convient de remarquer que, si telle était l'origine du mandat de crédit, la controverse entre Servius et Sabinus deviendrait inexplicable, puisque Servius ne fait que nier la validité de l'opération en se fondant sur le manque de l'un des éléments qui lui est nécessaire en tant que contrat consensuel de mandat.

1. Ainsi que cela est prouvé par le manque de souplesse et la grossièreté des premières sûretés réelles : Girard, *Manuel*, p. 814 : « Le droit romain primitif ne connaissant d'autres droits réels que la propriété et les servitudes, ne pouvait atteindre ce but (la sûreté) que par une translation de propriété. »

2. Lorsqu'une sûreté est exigée par la loi ou par l'édit du prêteur, ce n'est jamais un gage ou une hypothèque qui est demandée mais toujours une *satisfactio*. Ulpien va même jusqu'à dire qu'un gage ou une hypothèque ne saurait remplacer une *satisfactio* : D. 46.5.7 : « *Praetoria satisfactiones personas desiderant pro se intervenientium et neque pignoribus quis neque pecuniae vel auri vel argenti depositione in vicem satisfactiones fungitur.* »

C) ORIGINE PROBABLE DU MANDAT DE CRÉDIT

Ce n'est pas dans des catégories juridiques bien définies (*iussum, negotiorum gestio, contrats réels*) que nous croyons devoir rechercher l'origine du mandat de crédit, mais dans de simples pratiques quotidiennes, tendant à créer un moyen de satisfaire à des besoins économiques nouveaux, pratiques qui ne furent reconnues et classifiées que peu à peu par les jurisconsultes.

Les pratiques juridiques qui conduisirent à la formation du mandat de crédit, tel qu'il fut dans le dernier état du droit classique, ne sont d'ailleurs pas spéciales au droit romain et l'on en peut relever des traces dans certains usages du droit grec. Ainsi, c'est bien d'une sorte de mandat *pecuniae credendae* qu'il semble s'agir au cours du plaidoyer de Démosthène contre Lacritos¹, où l'orateur Androclès affirme qu'il a prêté des fonds à Artémon, frère de Lacritos, « sur la recommandation de ce dernier », et sur sa promesse que « tous les engagements pris envers Androclès dans l'acte de prêt seraient fidèlement remplis ». Artémon étant mort sans avoir payé, Lacritos est poursuivi par Androclès, non pas en qualité d'héritier de son frère, à la succession duquel il avait renoncé, mais en qualité de *mandator*. C'est la principale conséquence du mandat de crédit que le mandataire ne perdra rien, quoi qu'il arrive, en exécutant le mandat².

1. Beauchet, *Le Droit de la République Athénienne* (Paris, 1897), t. 4 p. 371.

2. Une seconde espèce citée par Beauchet (*op. cit.*, t. III, p. 260) comme constituant un cas de mandat de crédit se trouve dans le plai-

Malgré de pareils exemples, il ne semble pas que ce soit dans le droit grec qu'il faille rechercher les antécédents du mandat de crédit romain, car le mandat, en général, paraît avoir été à Athènes un contrat peu usité et d'une importance juridique restreinte, ainsi que l'atteste la grande pénurie des sources à son égard¹. Aussi est-ce bien dans la pratique romaine que doit être primitivement apparu, tel que nous le connaissons, le mandat *ut Titio credas*, produit d'une réaction naturelle contre la stricte rigidité des modes de cautionnement en usage. Parmi les multiples inconvénients que ces modes de garantie présentaient, dans un monde devenu économiquement plus complexe, l'un surtout devait se faire sentir : l'absolue nécessité de la présence des parties à l'acte et, croyons-nous, c'est cet inconvénient qui a en grande partie motivé l'apparition du mandat de crédit. Les relations commerciales de ville à ville à l'intérieur et même au dehors de l'Italie devaient nécessairement amener l'éclosion d'une pratique permettant à un commerçant de faire obtenir un crédit à son correspondant, lequel ne résiderait pas dans les mêmes lieux que lui. Pour atteindre ce but, une personne émettait une missive contenant l'ordre ou la prière adressée à une seconde personne d'ouvrir un crédit à un tiers ; lorsque la seconde personne exécutait l'ordre, se comportant en conséquence comme un mandataire, l'opération dans son ensemble présentait une analogie singulière avec

doyer de Démosthène contre Nicostrate. Nicostrate, pressé par ses créanciers, avait mandé à Appollodore de consentir une hypothèque à l'un de ceux-ci. Il est douteux qu'il s'agisse là d'un mandat de crédit, car celui qui obtient le crédit n'est pas le tiers, mais le mandant lui-même.

1. Beauchet, *op. cit.*, t. IV, p. 371.

un mandat. Les nombreux avantages que les parties pouvaient retirer de l'emploi d'un contrat consensuel et de bonne foi à la place d'un contrat formel et de droit strict durent contribuer à l'introduire rapidement dans les mœurs et ce n'est qu'ensuite, probablement, que les jurisconsultes en vinrent à se demander si cette pratique constituait un contrat de mandat valable. L'avis affirmatif finit par prévaloir, comme nous l'avons vu, mais si l'on se reporte aux raisons qu'en donne Sabinus, par exemple, il est aisé de s'apercevoir qu'elles contiennent plutôt une tentative de justifier un état de choses établi que des motifs d'ordre juridique. Ce n'est que dans une phase plus tardive encore et pour répondre vraisemblablement à des critiques d'ordre juridique, qu'une justification juridique apparaît sous forme de fictions : fiction que le mandant a géré les affaires du tiers ou bien encore qu'il est son mandataire :

Ulpien, l. 40, ad Sabinum, D. 17.1.18 : « *Qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intelligitur*¹. »

Si l'on admet cette manière de voir et si c'est donc primitivement l'absence du garant qui légitime l'apparition de ce mode nouveau de garantie², il devient compréhensible que le mandat, contrat qui pour sa conclusion ne nécessite que le consentement des parties, contienne pourtant presque toujours, dans l'espèce du mandat de crédit, un écrit émanant du mandant et dont le mandataire se réclame (C. 4.35.7 ; 8.40.(41).22 ; D. 17.1.56, pr. ; h. t. 59, § 5 ; 46.1.24).

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I^{er}, col. 286. Pour les corrections que nous proposons d'apporter à ce texte cf. chap. 3, section 2 (D).

2. Dans le même sens, Windscheid, *op. cit.*, p. 703, n. 18 ; Girard, *Manuel*, p. 800.

A en juger par les exemples qui nous sont parvenus, ces écrits, rédigés soit sur le mode impératif, soit sur le mode rogatif, contenaient une invitation de faire crédit, dont les termes devaient rappeler autant que possible ceux généralement employés pour conférer un mandat ; il est naturel d'ailleurs qu'il en soit ainsi, puisque le mandat était le contrat auquel on tentait de recourir pour faire obtenir un crédit dans des circonstances où cela eût été impossible par un autre moyen. Aussi l'avis de Förster¹, selon lequel ces missives eussent contenu primitivement de simples recommandations et non pas des mandats, ne nous semble-t-il pas fondé ; pour quelle raison les contractants voulant réaliser un mandat d'une espèce nouvelle eussent-ils recouru à la *commendatio*, pure manifestation de bienveillance ne se rapprochant d'aucun contrat valable², et incapable notamment de constituer un mandat ordinaire ou un mandat de crédit, ainsi que l'enseigne Ulpien, l. 31, ad. ed., D. 17.1.12, § 12 : « *Cum quidam talem epistulam scripsisset amico suo : « rogo te, commendatum, habeas Sextilium Crescentum amicum meum » non obligatur mandati, quia commendandi magis hominis quam mandandi causa scripta est.* »

La lettre émanant du mandant de crédit ne saurait donc être une recommandation, et nous ne croyons pas non plus qu'elle constitue une sorte de lettre de

1. *Op. cit.*, p. 142.

2. Si l'on fait abstraction du sens spécial que peut avoir *commendare* en matière de dépôt : Papinien, D. 16.3.24, «...*Quid est enim aliud, commendare quam deponere ?* »

crédit, comme l'ont pourtant écrit certains auteurs¹, puisque ce qui caractérise l'opération qu'elle tend à réaliser est que ce n'est pas le mandant qui fait un crédit mais le mandataire. Ce trait essentiel suffit encore à empêcher de rechercher l'origine des mandats de crédit dans les mandats de paiement que les banquiers, à Rome, recevaient de la part de leurs clients, puisque les sommes nécessaires à ces paiements étaient prélevées par le banquier mandataire sur le dépôt que possédait, chez lui, le mandant².

Le véritable caractère de ces missives est clairement exposé par les deux exemples qu'en conserve le Digeste :

a) *Marcellus libro singulari responsorum*, D. 46. 1.24 : « *Lucius Titius cum pro Seio fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistulam ita emisit : « Si petierit a te frater meus peto des ei nummos fide et periculo meo » »*

b) *Paulus libro quarto responsorum*, D. 17.1.59, § 5 : « *Ille illi salutem. mando tibi ut Blaesio Severo adfini meo octoginta credas sub pignore illo et illo : in quam pecuniam et quidquid usurarum nomine accesserit indemnem rationem tuam me esse ex causa mandati in eum diem, quoad vixerit Blaesius Severus, praestaturum.* »

Les termes dans lesquels l'ordre ou la prière sont exprimés sont à tel point explicites qu'ils pourraient servir à l'émission de n'importe quel mandat. Ainsi

1. Schilling, *Pandektenrecht*, p. 737.

2. Deloume, *Les Manières d'argent à Rome* (Paris, 1889), p. 201-202.

il apparaît une fois de plus que ce qui individualise le mandat de crédit n'est que son objet : la concession d'un crédit, ainsi que le but poursuivi par les parties : la garantie de ce crédit. Quant aux moyens employés pour réaliser l'acte, ils ne sont autres que l'habituel contrat de mandat².

1. Ce but spécial du mandat de crédit influe et influera surtout à l'époque byzantine suffisamment sur l'existence et les effets du contrat pour empêcher que l'on adopte l'opinion de Förster (*op. cit.*, p. 145), selon laquelle ce que veut le mandant n'est pas tant garantir qu'obtenir la concession du crédit, et pour croire que toute idée de cautionnement dans un sens large est étrangère aux parties lors de la conclusion du contrat. Que le mandant le veuille ou non, la garantie n'en reste pas moins la conséquence la plus importante économiquement de l'acte et c'est plus que probablement pour y arriver que l'opération était en usage.

CHAPITRE III

FONCTIONNEMENT DU MANDAT DE CRÉDIT

SECTION I

CONDITIONS DE VALIDITÉ

Les conditions de validité des contrats de mandat qu'il convient d'examiner spécialement à propos des mandats de crédit ont trait à son objet, à la volonté de s'obliger, à la capacité nécessaire aux parties ainsi qu'à la gratuité des services rendus¹.

A) *Objet.*

a) Le mandat de crédit a pour objet l'ordre de concéder un crédit; de l'accomplissement de cet ordre résultera la situation de créancier du mandataire, situation qui n'est donc pas l'objet du mandat, mais sa conséquence; aussi, lorsque le mandataire exécutant le mandat sans mauvaise foi et sans commettre de faute ne fait cependant pas naître une obligation du tiers envers lui, ou plutôt si cette obligation est

1. Nous ne reviendrons plus sur cette dernière condition de validité au sujet de laquelle nous croyons nous être suffisamment expliqué précédemment p. 70.

nulle, le mandant n'en sera pas moins tenu par l'action *mandati contraria*¹.

b) Pas plus que les autres contrats, le mandat ne saurait avoir un objet contraire aux bonnes mœurs : Gaius, l. 3, 157 : « *Illud constat, si quis de ea re mandet quae contra bonos mores est non contrahi obligationem...* » ; en ce qui concerne plus spécialement le mandat de crédit, un texte du Digeste semble étendre et préciser la notion de nullité pour objet contraire aux bonnes mœurs :

Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.12, § 11² :

« *Si adulescens luxuriosus mandet tibi ut pro meretrice fideiubeas, idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem quia simile est, quasi perdituro pecuniam sciens credideris sed et si ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, non obligabitur mandati, quasi adversus bonam fidem mandatum sit.* »

Comme l'a le premier fait remarquer M. Bortolucci³, « *quia simile... credideris* » n'est pas de source classique, car le mandat émis par un adolescent de cautionner *pro meretrice* est nul comme allant à l'encontre des bonnes mœurs et non parce qu'il conduirait à une perte certaine. Ce texte est loin d'être superflu ; si une fidéjussion accomplie dans de pareilles conditions eût été nulle, il restait encore à établir que le mandat de la faire l'était pareillement, ce qui nous amène à souligner l'un des caractères les plus impor-

1. En sens contraire, Le Saché, *op. cit.*, p. 23 : « Je vous ai donné mandat de devenir créancier du tiers mais vous ne l'êtes pas devenu puisque vous avez accomplie un acte dépourvu d'effet juridique. »

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, co^o. 285.

3. *Op. cit.*, p. 183-184.

tants du mandat de crédit, son indépendance de toute dette principale.

c) Pour qu'un mandat de crédit soit valable il n'est pas nécessaire que son objet soit identique à celui de la dette du tiers envers le mandataire. En principe on peut même affirmer que les objets de deux obligations ne seront jamais identiques puisque à la différence de de la caution le mandant de crédit ne promet pas la même chose que le tiers débiteur; il promet simplement au mandataire de le dédommager s'il encourt une perte en exécutant le mandat; en fait cette distinction est de peu d'importance en ce qui concerne l'étendue de l'obligation du mandant, puisqu'il ne sera responsable qu'en tant que le mandataire a accompli ses ordres; or, l'accomplissement fidèle de ces ordres est la mesure de l'obligation du tiers. La distinction que nous avons faite prend une bien plus grande valeur en ce qui concerne l'existence de l'obligation du mandant; ainsi, alors que l'obligation d'un *adpromissor* qui a cautionné au-dessus du taux fixé par la loi Cornélia serait nulle, celle d'un *mandator pecuniae credende* ne serait que réduite¹.

d) L'objet du mandat de crédit doit être futur, c'est-à-dire que l'ordre doit précéder l'acte à accomplir. C'est là une condition absolue, résultant des normes communes à tous les mandats et qui contribue grandement à distinguer le mandat de crédit des autres modes de garantie supposant une dette déjà existante. Cette condition d'antériorité ne se comprend évidemment plus très bien par les auteurs qui ne considè-

1. Girard, *Manuel*, p. 802.

rent l'opération valable qu'en tant qu'elle est accompagnée d'une promesse de garantie. Aussi Sokolowski¹ tente-t-il de démontrer que la priorité de l'ordre par rapport à l'acte à accomplir n'est pas une règle essentielle de validité de notre opération du moment qu'elle se trouve enfreinte à l'occasion du mandat dit « de dilation »², et qu'au surplus la ratification permet d'y suppléer, car « *ratihabitio mandato comparatur* » ou « *aequiparatur* ».

Pour ce qui est du mandat de dilation, il est certainement inexact qu'il enfreindrait la règle générale et qu'il serait conféré en vue de garantir une obligation préexistante. En effet, ce qu'ordonne le mandant c'est un acte nouveau que son ordre précède et détermine et dont il est, par conséquent, responsable. En outre il faut observer qu'il n'est besoin d'appliquer ce raisonnement qu'au cas où la dilation résulterait d'un pacte de *non petendo intra tempus*; si au contraire elle provenait d'une stipulation, étant donné l'effet novatoire de celle-ci, l'opération dans son ensemble se trouverait être nouvelle et postérieure au mandat.

Quant à la célèbre règle *ratihabitio mandato comparatur*, M. Bortolucci³ nie qu'elle puisse s'appliquer en notre matière, en se fondant sur ce qu'il est impossible à quelqu'un de faire naître un rapport de mandat en ratifiant une opération étrangère à sa propre sphère patrimoniale. Pour vrai que cela soit on pourrait encore objecter que l'affaire n'est pas étrangère au mandant en tant qu'il se considère et est considéré gérant d'affaires du tiers débiteur; c'est pour-

1. *Op. cit.*, pp. 98-100.

2. C'est-à-dire du mandat de concéder un terme.

3. *Op. cit.*, p. 186.

quoi nous croyons préférable de dire qu'il faut qu'il y ait eu gestion ¹ pour qu'il soit possible de ratifier. Or, on ne saurait dire qu'en prêtant de l'argent à quelqu'un on a entendu gérer l'affaire d'un tiers qui n'a donné aucun ordre. D'autre part, si la règle selon laquelle la ratification vaut un mandat s'appliquait dans ces circonstances au mandat de crédit il s'en suivrait certaines conséquences particulièrement illogiques; ainsi, par exemple, lorsqu'un créancier a déjà consenti un délai à son débiteur, l'ordre postérieur d'accorder ce même délai pourrait encore fonder un mandat valable.

e) Toutes les créances peuvent faire l'objet d'un mandat de crédit. A ce large domaine, bien plus vaste que celui du cautionnement verbal, il n'y a guère que deux limites : la première résulte de la condition d'antériorité de l'ordre et rend par conséquent impossible de garantir la dette née d'un délit ², quant à la seconde elle provient d'une constitution des empereurs Théodose, Valentinien et Gratien de l'année 381 (C. 5.20.1) interdisant à la femme de recevoir un fidéjusseur en vue de garantir la restitution de la dot, prohibition qui fut étendue par Justinien à tous les garants. C. 5.20.2 « ... *nullam esse satisfactionem vet mandatum prodotem exigendum vel a marito vel a parte eius vel ab omnibus qui dotem suscipiunt.* »

f) Le mandat de crédit dont l'objet ne présenterait d'intérêt que pour le mandataire serait nul en tant qu'il constituerait un mandat *tua gratia*. C'est ainsi

1. Ainsi que cela ressort des deux textes qui établissent la règle : D. 46.3.12, § 4, et D. 50.17.60.

2. Ce qui n'exclut évidemment pas un mandat de dilation portant sur une pareille dette.

que nous avons vu être nul le mandat donné au légataire d'accepter un legs (D. 17.1.32).

B) *La volonté de s'obliger.*

La volonté de s'obliger du mandant de crédit est celle, commune à tous les mandants, d'être responsable des dommages que le mandataire pourrait subir en exécutant le mandat; aussi cette volonté se trouve sous-entendue dans l'ordre émis et n'a pas besoin d'être manifestée expressément; à la différence du fidéjusseur le mandant n'a donc pas la volonté entièrement passive de s'obliger en tant que garant; sa volonté toute active tend premièrement à obtenir la concession du crédit ainsi que cela résulte du caractère synallagmatique imparfait du mandat et indépendamment du résultat finalement acquis¹. Ce caractère actif du mandat de crédit se trouve nettement souligné par Ulpien, D. 4.4.13, pr.² : « ...*facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur...* »

Par un second contraste avec la volonté de s'obliger de la caution verbale, celle du mandant de crédit n'est pas irrévocable et peut être retirée tant que le mandataire n'a pas agi.

Le contrat de mandat ne saurait être parfait avant

1. Etant donné le résultat final il est hors de doute qu'en appréciant subjectivement la volonté du mandant on y trouverait aussi l'intention de garantir (cf. p. 99 n. 1) aussi la distinction que nous faisons n'a-t-elle trait qu'à la volonté objective que tout mandant est censé avoir.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 53, et *Suppl.*, I, col. 68. Il est plus que probable que ce texte a été largement remanié par les compilateurs, mais nous croyons cependant pour voir faire état du fragment que nous en citons, car il souligne la différence qui existe entre le rôle du mandant et celui du fidéjusseur alors que pareilles distinctions n'étaient plus de mise en droit byzantin.

que le mandataire ait manifesté sa volonté d'accepter l'office qu'on lui propose. Cette acceptation peut certainement être expresse, mais ce cas nous paraît avoir été extrêmement rare à en juger par les textes, qui s'ils relatent souvent la manière de s'exprimer du mandant de crédit, ne le font jamais pour son mandataire. Il est d'ailleurs compréhensible que celui qui reçoit l'ordre de consentir un crédit n'accepte point d'office de le faire et qu'il prenne d'abord un certain temps de réflexion; or, au moment où il serait décidé, il ne lui est plus nécessaire d'accepter autrement qu'en concédant le crédit, manifestation de volonté tacite mais suffisante pour la perfection du contrat. Cette manière de voir, qui s'applique particulièrement bien au cas très général des mandats de crédit émis à distance, offre surtout, croyons-nous, l'intérêt d'expliquer la raison du peu d'importance de l'action *mandati directa* dans sa fonction exécutoire, ainsi que la rareté des mentions qu'en font les textes en ce qui concerne l'espèce du mandat de crédit¹; le silence des sources devient explicable du moment où le mandataire ne peut être forcé à exécuter avant d'avoir accepté le mandat et que d'autre part son acceptation ressort généralement de l'exécution même.

Selon Accarias, la volonté du mandataire ne serait pas celle de s'obliger, mais plutôt d'obliger autrui; il faudrait par conséquent opposer au mandat de crédit le mandat de s'obliger². Une pareille distinction n'est cependant pas toujours fondée car la conséquence de certains mandats de crédit est de faire naître à la fois

1. Cf. *Infra*.

2. *Op. cit.*, p. 379

une obligation active et une obligation passive à la charge du mandataire¹. Il en est ainsi du mandat de cautionner : le mandataire devient débiteur du créancier du tiers et créancier éventuel du débiteur dont la dette est garantie; de plus tout mandat implique que le mandataire s'oblige à observer une certaine conduite conforme à la bonne foi, sauf à se trouver privé du recours vis-à-vis du mandant.

C) *Capacité.*

Le mandat de crédit pose le problème de savoir si une capacité spéciale est nécessaire pour émettre ou accepter un pareil mandat. En ce qui concerne le mandataire la question ne saurait soulever de difficultés : étant donné que le mandataire romain agit en son nom propre, la capacité qui lui est demandée est toujours celle qui lui serait nécessaire pour accomplir l'acte en son propre compte. Au contraire le résultat du mandat de crédit étant de garantir la dette d'autrui, une capacité spéciale semble devoir être requise de la part du mandant : la capacité d'intercéder ; et cela paraît bien avoir été l'avis de la grande majorité des auteurs qui traitant de l'intercession parlent indifféremment de la caution verbale ou des *mandatores*. Néanmoins le texte du sc. Velléien tel qu'il a été conservé par Ulpien (D. 16.1.2, § 1) se limite à mentionner les *fideiussiones* et *mutuidationes pro aliis* sans envisager le mandat de crédit, opération qui devait cependant avoir une certaine importante pratique dès cette époque à en juger par la controverse

1. Cf. Girtanner, *op. cit.*, p. 61.

entre Servius et Sabinus. L'énumération plus compréhensive des cas constituant une intercession qui nous est donnée par Alexandre Sévère (C. 4.29, *ad sc. Velleianum*, 4. pr.) ne comprend pas non plus expressément le mandat de crédit : « *Senatus consultum locum habet sive eam obligationem, quae in alterius persona consistit, mulier in se transtulerit vel participaverit sive cum alius pecuniam acciperet ipsa se constituit ab initio ream, quod et in rerum earum pro aliis obligationibus admissum est* » (a. d. 223).

On ne peut pas dire que par un mandat de crédit la femme prend à sa charge l'obligation *quae in alterius persona consistit*, puisque l'obligation du tiers ne prend naissance qu'après l'exécution du mandat et que de plus ce n'est pas cette obligation que la femme prend à sa charge, mais la réparation du préjudice que peut subir le mandataire; de même elle ne se constitue pas débitrice *ab initio* à la place du tiers; quant à la finale du texte : *quod et in rerum earum...*, elle se réfère probablement au cas où la femme se serait portée caution réelle¹.

Le seul texte de principe se référant spécialement au mandat de crédit est un fragment de Paul, l. 2, *sent.*, D. 16.1.30, *pr.*² :

« *Si decipiendi animo vel cum sciret se non teneri mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei senatus consulti non datur : actionem enim, quae in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit.* »

« § 1. *Procurator si mandatu mulieris pro alio inter-*

1. Cuq, *Manuel*, p. 659, n° 1.

2. Cf. *Index interpolationum*, t. I, col. 262.

cesserit, exceptione senatus consulti Velleiani adiuvatur, [ne] < ni >¹ alios actio intercedat. »

Dans sa rédaction actuelle, la finale du § 1 *ne alias actio intercedat* est non seulement superflue mais prive encore de tout sens le paragraphe, puisque l'action à laquelle s'oppose l'exception du sénatus-consulte est justement l'action *mandati contraria* et non pas une autre. Si toutefois l'on adoptait l'hypothèse de Huschke² selon laquelle il faut comprendre *ne actio mandati contra mulierem competat*, cela reviendrait à admettre une interprétation exactement contraire au texte interprété (*alias* se référant à *mandatu*), ou bien une transformation incompréhensible; de plus ce serait attribuer au jurisconsulte une précision inutile. De même l'on ne saisit pas très bien la raison pour laquelle Seckel et Kübler³ proposent de corriger « *ne alias* » en « *ut mandati* ». Aussi l'avis de Mommsen d'après qui la négation « *ne* » serait l'altération de « *ni* » paraît être le seul plausible⁴ et dès lors le texte voudrait dire que la femme sera protégée par l'exception du sénatus-consulte contre son mandataire de crédit à moins qu'il n'y ait lieu à une autre action (que celle de mandat). Nous croyons que cette autre action pourrait être celle de dol comme le laisse supposer le

1. Mommsen, *Digeste*, h. 1.

2. Huschke, *Jurisprudentiae Antejustinianae quae supersunt* (Leipzig 1867), p. 379, n. 4.

3. Seckel et Kübler, *Jurisprudentiae antejustinianae reliquas in usum maxime academicum compositas a Ph. Ed. Huschke edit. (sexta ed., Leipzig, 1911)*, t. 2, p. 42, n. 1.

4. De pareilles altérations des négations ne sont au surplus pas rares dans le Digeste (cf. Appleton, *Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes Florentines*, N. R. H., t. 40 (1916), p. 1 ss.). Il est encore intéressant de noter que ce fragment des sentences de Paul (2.11, 4) ne nous est parvenu que par le truchement du Digeste (cf. Girard, *Textes*, p. 394, n. 2).

principium de la loi et peut-être aussi pourrait-ce être celle de gestion d'affaires dans le cas où la femme aurait eu un intérêt indirect à l'accomplissement du mandat.

En ce qui concerne le mandat de crédit, il est probable que la restriction faite par Paul dans le § 1 de la loi 30 ainsi que la lacune du texte du sénatus-consulte Velléen et le silence de la constitution d'Alexandre Sévère s'explique dans une certaine mesure par le fait que le mandat de crédit peut bien constituer une intercession, mais ne la constitue pas toujours. A la différence de la fidéjussion, le mandat de prêter à Titius forme un contrat principal, et il n'est pas exclu que la femme ait un intérêt direct ou indirect à l'exécution de ce contrat. De plus, même s'il y avait intercession, lorsque celle-ci se dissimule sous un contrat principal, les circonstances peuvent être telles que le créancier ignore le caractère intercessoire du contrat¹: un mandataire ordinaire peut fort bien se trouver au cours de rapports contractuels prolongés devenir un mandataire de crédit sans se rendre compte qu'il tombe sous le coup de la prohibition Velléienne. Dans ces conditions, proclamer l'inanité du mandat de crédit en général, sans tenir compte de l'intérêt de la femme ou de l'ignorance du mandataire, serait non seulement inique à l'égard de ce dernier, mais reviendrait encore à entourer la femme d'une suspicion universelle, lui rendant difficile l'exercice de ses droits patrimoniaux.

Paul, l. 30, *ad ed.*, D. 16.1.11.

1. Cuq, *Manuel*, p. 659 et n. 5.

« *Si mulier tanquam in usus suos pecuniam accipit alii credituro non est locus senatus consulto : alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sint*¹. »

Il est fort probable que tout mandat émis par la femme était examiné particulièrement et déclaré selon les circonstances constituer ou non une intercession. Il serait donc inexact de dire avec Glück que certains mandats, tel celui de faire addition d'hérédité, n'ont jamais un caractère intercessoire², tandis que d'autres, comme celui de prêter des deniers, l'ont toujours³. Le mandat de faire addition d'hérédité constitue une intercession lorsqu'il est conféré dans l'intention de garantir le recouvrement des créances héréditaires (Africain, l. 4, *quaest.*, D. 16.1.19, § 2), et au contraire il n'y aura pas lieu à l'exception du sénatus-consulte Velléien quand par ce même mandat la femme a voulu seulement décider l'héritier à accepter tout en lui garantissant qu'il ne perdra rien de ce fait⁴ (Africain, D. h. t. 19, pr. et § 1)⁵.

En conclusion, l'on peut dire que le mandat de crééit n'offre pas à la femme un moyen détourné de

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 261.

2. Glück, *op. cit.*, t. 16, p. 14 : « *Cosi se assume un debito in causa de adizione o di acquisita d'un heredita a qui il debito sia conesso, non si ha un intercessione.* »

3. *Op. cit.*, *loc. cit.*

4. Accarias, *op. cit.*, p. 378 ss.

5. La distinction que nous signalons ne semble toute fois pas admise par tous les auteurs. Cf. Beseler, *Beiträge zur Kritik der Römischen Rechtsquellen*, t. III, p. 12 (Sur Julien, 3, Urs, D.17.1.32) : « L'auteur de la seconde et fausse moitié (du texte) croit décidément que le *mandatum ut heres institutus adeat hereditatem suspectam* serait un mandat ayant le caractère d'un cautionnement, quoique la garantie qu'il contient aille à l'encontre du créancier et ne soit pas pour le débiteur. Comparez : D.16.1.19. Africain, l. 4, *quaest.*, où une semblable erreur est ironiquement combattue. »

rendre valable une intercession, un tel mandat étant sans effet, sauf à démontrer dans chaque cas que c'est bien d'une intercession qu'il s'agit.

En dehors des femmes, diverses catégories de personnes furent encore déclarées, au cours du Bas-Empire, incapables d'user du mandat de crédit en vue d'intercéder. Il en sera ainsi pour les *curiales* en vertu d'une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (C. 4.65.30; *a. d.* 439). La même interdiction atteignit les militaires sous l'empereur Léon, C. 4.65.21; *a. d.* 458).

SECTION II

EFFETS DU MANDAT DE CRÉDIT

A) *Rapports entre mandant et mandataire.*

Les rapports du mandant de crédit et de son mandataire se réduisent à trois aspects principaux :

a) L'action *mandati directa* pour forcer à l'exécution¹ ;

b) L'action *mandati directa* pour demander la cession des actions ;

c) Les exceptions opposables au mandataire par le mandant.

d) La fonction exécutoire de l'action du mandat est l'un des points les plus obscurs de la matière que nous traitons, rendu plus confus encore par l'extrême diversité d'opinions¹. Selon certains auteurs, l'action

1. Et en conséquence pour réclamer des dommages-intérêts au cas d'inexécution.

2. Cf. Forster, *op. cit.*, pp. 47 et 48.

mandati directa existe toujours¹; pour d'autres, elle existe uniquement pour forcer le mandataire à la cession d'actions, mais non pour le déterminer à exécuter²; un troisième groupe fait dépendre le droit d'agir en exécution du mandant d'une convention expresse intervenue entre lui et le mandataire³; enfin, une dernière fraction de la doctrine croit que le mandant n'a jamais d'action pour forcer à l'exécution le mandataire de crédit⁴.

Pour importante que puisse être la fonction exécutoire de l'action directe du mandat, il importe néanmoins de rappeler que l'on ne saurait nullement inférer de son inexistence à l'invalidité du contrat qu'elle sanctionne. Geib⁵, autrefois, s'était vigoureusement opposé à de pareilles théories⁶ professées à cette époque par Stammler⁷ et reprises depuis par Förster⁸ et

1. Jacoby, *Die Krediterkundigung* (Berlin, 1891), t. I, p. 243; Mode, *Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung Seiner Rechte gegen Dritte Personen* (Berlin, 1897), p. 5; Krüger, *op. cit.*, p. 535; Stammler, *op. cit.*, p. 119, n. 257; Unger, *Handeln auf fremde Gefahr* (Ihering's *Lehrbücher*, t. 33 — 1894), p. 302; Geib (*op. cit.*, p. 170) est moins catégorique, citant Stamler qui, lui, croit que l'action existe toujours, il écrit : « *Das ist aber nicht zugegeben* », aussi croyons-nous que c'est à tort que cet auteur est placé par M. Bortolucci, *op. cit.*, p. 194, n. 3, parmi ceux qui admettent sans réserve l'existence de l'action directe.

Il semble que c'est toujours à ce premier groupe d'auteurs qu'il convient de rattacher M. Bortolucci qui ne voit pas d'objection de principe à l'existence générale de l'action *op. cit.*, pp. 191-204).

2. Girtanner, *op. cit.*, p. 61 (dont l'opinion n'est pas absolue car cet auteur admet que le mandant de crédit a l'action en exécution quand il y a intérêt). Puchta, *Vorlesung über d. heutig. röm. Recht*, t. 2, p. 472; Förster, *op. cit.*, p. 47 s.; v. Thur, *op. cit.*, p. 20, n° 97; Köstlich, *op. cit.*, p. 25.

3. Oesterley, *Über das Mandatum qualificatum* (Göttingen, 1891), pp. 6 et 31; Lipmann, *op. cit.*, p. 326 (pour le droit moderne).

4. Unterhölzner, *op. cit.*, t. 2, p. 838; Sokolowski, *op. cit.*, p. 3; Partsch, *op. cit.*, p. 61 et 62 (en note).

5. *Op. cit.*, pp. 168-170.

6. Combattues aussi par M. Bortolucci, *op. cit.*, p. 177, mais sans qu'il ait semble-t-il apporté de preuves décisives.

7. *Op. cit.*, p. 119, n° 257.

8. *Op. cit.*, p. 50.

v. Thur¹; mais tandis que Stammler plaidait la concordance nécessaire du contrat et de son action pour démontrer que puisqu'il y avait un mandat valable, l'action en exécution devait exister, Förster et v. Thur, partant du principe opposé et de ce qu'il n'y a pas d'action en exécution, prétendent qu'il n'y a pas non plus de véritable mandat. Ces deux thèses paraissent aussi critiquables l'une que l'autre, car il est inadmissible de faire de la conséquence d'un contrat son principe. Au surplus si l'on devait déduire la nullité du mandat de l'inexistence de l'action en exécution², il faudrait pour les mêmes motifs ne pas limiter ce raisonnement au cas spécial du mandat de crédit, mais l'étendre à la classe entière des mandats *aliena gratia*.

Les textes semblent si peu faire dépendre l'existence du contrat de celle de l'action que l'on peut y trouver des exemples de mandat privés de leur action directe et produisant néanmoins normalement tous leurs autres effets; il en est ainsi notamment de l'action *contraria* dont la présence ne paraît nullement requérir celle de l'action directe³ (D. 17.1.49) conformément au principe exposé par Gaius, I. 3, *ad ed. prov.*, D. 17.1.41⁴ : « *Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari...* »; aussi croyons-nous que, sans que la validité du contrat en dépende, le mandant de crédit aura ou n'aura pas l'action en exécution selon l'intérêt qu'il

1. *O. cit.*, p. 65, n° 97.

2. Inexistence fondée sur le prétendu manque d'intérêt du mandant.

3. Cf. Bortolucci, *op. cit.*, p. 192; *contra* Partsch, *op. cit.*, t. I, p. 54 et ss.

4. Sans cependant trop nous fonder sur cet argument étant donné les doutes qui existent sur l'origine du texte; cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 292.

peut trouver à l'accomplissement du mandat, ce en quoi il ne fait que se conformer aux principes généraux : « *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse eius qui mandavit* » (D. 17.1.8, § 6).

En pratique, à raison du caractère incertain et de bonne foi de l'action de mandat il est fort difficile de concevoir un cas de mandat de crédit où le mandant serait suffisamment dénué d'intérêt pour que l'action lui soit refusée. Sans revenir sur les explications déjà données à ce sujet¹, il est nécessaire de souligner encore que l'action directe pourra être concédée au mandat de crédit, soit en raison de l'intérêt direct qu'il peut avoir à l'exécution², soit en considération de l'intérêt indirect qu'il pourrait avoir en tant que mandataire³ du tiers et qu'il aura certainement en tant que gérant d'affaires. Il est vrai qu'en ce qui concerne ce dernier aspect de l'intérêt du mandant, il n'existe pas de texte l'évaluant en se référant spécialement au mandat de crédit, mais rien n'empêche de faire état des textes traitant la matière analogue des mandats *aliena gratia* (simples) :

1) Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.8, § 3⁴ :

« *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem.* »

L'action du mandat est donc acquise à celui qui a mandé dans l'intérêt d'un tiers dont il est lui-même le mandataire; mais ce n'est pas seulement l'intérêt du

1. Chap. I, sect. II (A).

2. Si, par exemple, le mandant a l'intention de faire une donation au tiers ou si la somme doit être investie dans une affaire où il a des intérêts ou bien encore si elle doit servir à payer une dette du mandant.

3. D. 17.1.18; D. 50.17.60; D. 17.1.6, § 2.

4. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 282.

mandataire du tiers qui est pris en considération, mais encore celui de son gérant d'affaires ainsi qu'il résulte d'un fragment de Javolenus, l. 7, ex Cassio, D. 3.5.27¹.

2) « *Si quis mandati Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur lisque aestimari debet, [quanto] <quanti> Seii et Titii interest : Titii [autem] <enim> interest quantum is Seio praestare debet cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda et antequam ipse quicquam domino praestet [quia id ei abesse videtur in quo obligatus est].* »

Malgré les nombreux remaniements subis, le sens du texte est clair et le demeure même si l'on retient pour interpolé : *mandati* que M. Bortolucci² trouve est superflu étant donnée l'espèce *si quis mandaverit*. Il est au contraire difficile de saisir la raison pour laquelle cet auteur doute de l'origine des mots : « *vel mandati vel* », alors que l'alternative paraît être dans l'esprit du texte : A ayant donné à B mandat de gérer les affaires de C, le jurisconsulte nous apprend non seulement que B sera tenu envers A, mais nous donne encore la mesure de son obligation qui sera celle dans laquelle A est à son tour tenu envers B comme étant son mandataire ou son gérant d'affaires. Il est difficile d'évaluer plus nettement l'intérêt que le mandant peut avoir à l'accomplissement d'un mandat *tertii gratia*; il est encore intéressant d'observer que cet intérêt du mandant, s'il peut être égal à celui du tiers, ne se confond néanmoins pas avec lui, car en pratique l'intérêt qu'un

1. Cf. *Index Interpolationum*, suppl., I, col. 49.

2. *Op. cit.*, p. 199, n. 2.

gérant ou un mandataire peut avoir à se trouver déchargé de son obligation coïncidera rarement avec celui qu'a le maître à ce que son affaire soit faite.

3) Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.8, § 4¹ :

« *Si tutores mandaverint contutori suo mancipium emendo pupillo et ille non emerit, an sit mandatum actio et utrum tantum mandati an vero et tutelae ? Et Iulianus distinguit : referre enim cuius generis servum tutores emi tutorem mandaverint ut emeret, nam si supervacuum vel etiam onerosum mandati actionem tantum eum teneri, tutelae non teneri si vero necessarium servum tunc et tutelae eum teneri..* »

Le cas examiné est celui d'un tuteur qui ayant reçu de ses cotuteurs le mandat d'acheter un esclave pour le compte du pupille n'a pas accompli son mandat. En cette occurrence il faut d'après Julien distinguer selon que l'esclave était nécessaire ou bien superflu ou même dispendieux. Au premier cas le tuteur fautif pourrait être poursuivi à la fois par l'action de la tutelle et par celle du mandat tandis qu'au second l'action du mandat conviendrait seule. La solution est d'autant plus curieuse que l'origine classique de la partie citée du texte d'Ulpien n'a jamais été mise en doute et pourtant l'on y voit l'action directe accordée alors que le mandant ne peut justifier d'aucun intérêt et que le pupille lui-même n'aurait pu que perdre si le mandat avait été exécuté. Pour théorique que puisse paraître la décision du jurisconsulte puisque l'on ne voit pas à quoi quelqu'un doit être tenu pour

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 232.

avoir manqué de faire une mauvaise affaire, nous ne croyons cependant pas qu'on en puisse déduire, comme M. Bortolucci¹, que l'obligation de *praestare ex fide bona* suffit à fonder l'action du mandat; en faisant même abstraction de ce qu'une pareille opinion pourrait avoir de trop radical, il semble encore impossible de l'attribuer à Ulpien de qui l'on tient la règle contraire : *Mandati actio tunc competit cum coepit interesse...*; il est par conséquent préférable d'admettre que la solution du texte n'a trait qu'à un cas strictement d'espèce et qui pourrait fort bien être celui où le pupille a un intérêt d'affection évident à ce que l'esclave soit acheté.

Telles étant les idées romaines sur l'intérêt du mandant, il devient compréhensible qu'il n'existe aucun texte déniaut formellement au mandant de crédit l'action en exécution alors qu'il s'en trouve qui paraissent la lui accorder : 1) Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.6, § 4 : « *Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas erit mihi tecum mandati actio* [ut Celsus libro septimo Digestorum scribit] *et ego tibi sum obligatus.* »

Nous avons précédemment² tenté d'établir que les remaniements subis par ce texte se limitent à l'adjonction de la citation de Celse qui y est faite et par conséquent nous croyons être libre de faire état du reste du fragment et notamment de l'affirmation : *erit mihi tecum mandati actio*. Cette affirmation n'a d'ailleurs rien de surprenant en elle-même; s'appliquant à

1. *Op. cit.*, p. 199, n. 1.

2. *Cf. supra*, p. 42 et suiv.

un mandat *aliena gratia*, elle concorde parfaitement avec l'opinion de Gaius, 3.155 « ... *sive ut mea negotia geras, sive ut alterius mandaverim, contrahitur mandati obligatio et invicem alter alteri tenebimur (in id) quod vel me tibi, vel te mihi bona fide praestare oportet* ».

Il reste encore à signaler l'opinion de Förster¹ d'après qui l'affirmation d'Ulpien *erit mihi tecum mandati actio* se réfère uniquement au droit qu'aurait le mandant de demander la cession des actions, la limitation de sens ressortant du temps futur employé par le jurisconsulte qui suppose l'acte déjà accompli; cette opinion est difficilement soutenable, car un contrat peut être déjà parfait mais non encore exécuté et on peut en s'exprimant au futur dire qu'en ce cas l'on aura l'action; il en sera de même si le contrat a déjà été exécuté mais incorrectement.

2) Scaevola, l. 6, *Dig.*, D. 17.1.62, § 1² :

« *Mandavi in haec verba : Lucius Titius Gaio suo salutem. Peto et mando tibi ut fidem dicas pro Publio Mevio apud Sempronium, quaeque a Publio soluta tibi non fuerint me repraesentaturum hac epistula manu mea scripta notum tibi facio. Quaero si non fideiussisset sed mandasset creditori [et alias egisset quam quod ei mandatum esset] an actione mandati teneretur respondit non teneri.* »

Titius ayant donné mandat à Gaius de se porter fidejusseur pour Publius auprès de Sempronius, Gaius s'est contenté d'émettre un mandat de crédit; il s'agit de savoir quels seront dans ces circonstances les effets

1. *Op. cit.*, p. 50.

2. *Cf. Index Interpolationum*, t. I, col. 296-297.

du mandat entre Titius et Gaius. La réponse du jurisconsulte peut être interprétée de deux manières différentes, il veut dire soit que Gaius aura l'action *contraria* contre Titius quoiqu'il n'ait pas exécuté fidèlement le mandat, soit que Titius aura l'action *directa* contre son mandataire pour lui demander compte de l'inexécution du mandat.

La première de ces opinions qui était celle des anciens commentateurs exige que l'on apporte certaines corrections au texte¹; de plus cette interprétation offrirait, selon M. Bortolucci², le grave défaut d'attribuer à Scaevola une opinion qui n'avait pas cours de son temps, car l'hypothèse du texte ne saurait être considérée comme ayant trait à un excès de mandat (même si l'on distingue l'excès *contrat mandatum* de l'excès *praeter mandatum*) ; lorsque Gaius reçoit l'ordre de se porter fidéjusseur et qu'au lieu de le faire il émet un mandat il n'exécute pas du tout la charge qui lui incombe, pourquoi dès lors lui concéder l'action *contraria* ? Les Byzantins l'auraient peut-être fait en vertu de leur préoccupation de toujours sauvegarder les intérêts du mandataire, mais de pareilles intentions ne peuvent être prêtées à Scaevola ; aussi M. Bortolucci, suivant en cela l'avis de Geib³ et de Krüger⁴, croit-il que notre texte se réfère à l'action directe par laquelle le mandant poursuivrait le remboursement des dommages que lui causerait l'inexécution du man-

1. Insertion de Titius dans la période *an actione mandati teneretur* (Mommsen, *Digeste*, h. 1.) ; ou bien transformation de *teneretur* en *tenerer* (Scialoja, éd. milanaise du Dig.).

2. *Op. cit.*, pp. 197-198.

3. *Op. cit.*, p. 164.

4. *Op. cit.*, p. 535.

dat (dommages qui pourraient résulter de l'inopposabilité des exceptions du tiers débiteur par le mandat ou encore du manque d'effet extinctif, quant à l'obligation du mandant, de la *litis contestatio* entre mandataire et débiteur).

Pour ingénieuse qu'elle soit, cette explication n'est cependant pas entièrement satisfaisante, car si en droit classique le mandant n'est pas tenu envers le mandataire qui a émis un mandat de crédit, alors qu'il devait accomplir une fidéjussion, le manque d'effet extinctif de la *litis contestatio* ou l'inopposabilité des exceptions du débiteur le laissent indifférent; l'on ne comprend plus dans ces conditions quels sont les intérêts du mandant qu'il s'agit de satisfaire par la concession de l'action directe. Il semble par conséquent nécessaire d'admettre que la loi 62, § 1, visait primitivement l'action *mandati contraria* et la refusait au mandataire dans l'espèce examinée, solution qui fut renversée par le droit byzantin non seulement en raison de la protection accordée au mandataire mais encore pour un motif d'équité : les effets du mandat de crédit et ceux de la fidéjussion étant devenus sensiblement les mêmes à l'époque de Justinien, il aurait été injuste de priver de tout recours le mandataire qui aurait fourni l'un de ces modes de garantie à la place de l'autre.

En dehors des deux textes que nous venons de citer et dont l'un est des plus douteux en tant que se rapportant à l'action directe en exécution¹, les sources n'en présentent pas d'autres ayant trait à ce sujet². Il

1. Ou en dommage en raison de l'inexécution.

2. Si l'on excepte pour le droit byzantin une scolie des Basiliques, 14 I.6.9 (*Heimbach*, t. 2, 74); cf. *Bortolucci, op. cit.*, p. 195.

est plus que probable que ce silence n'est pas une lacune mais plutôt la conséquence du manque d'intérêt pratique de cette action, puisque l'acceptation du mandat par le mandataire ressortait généralement de l'exécution même ¹ et que, d'autre part, en droit classique, le mandant n'est pas tenu envers le mandataire qui, au lieu d'exécuter son ordre, accomplit un acte d'un but analogue mais d'effets différents; quant à ce qui est de la protection du mandant pour l'excès dans l'exécution ou pour la faute du mandataire, elle est assurée par l'exception attachée à ce contrat de bonne foi.

L'opinion qui, sans accorder trop d'importance à l'existence de l'action *mandati directa*, admet que pratiquement les rapports du mandant avec son mandataire étaient surtout réglés par le jeu des exceptions n'est pas nouvelle car c'est celle des anciens pandectistes ² mais elle paraît, aujourd'hui encore, plus proche de la réalité que bien des constructions doctrinales.

b) Le droit d'intenter l'action directe du mandat pour demander au mandataire la cession des actions au cas où la carence du tiers débiteur oblige le mandant à payer est une conséquence normale du rapport de mandat et de la bonne foi dont il est animé. Le contrat de mandat étant principal, l'extinction de l'obligation du mandant de crédit par le paiement volontaire ou forcé n'influe pas sur l'existence de l'obligation du tiers débiteur. Il est donc aisé de comprendre la grande importance que le mandant peut

1. Cf. *supra* chap. III, sect. I (B).

2. Forster, *op. cit.*, p. 47.

attacher à obtenir de son mandataire les actions qu'il possède contre le débiteur et qui ne sont pas éteintes, ces actions pouvant d'ailleurs se trouver augmentées d'un privilège ou de quelque sûreté; mais même s'il n'en est pas ainsi elles sont en tout cas bien supérieures à celles que le mandant peut avoir de son propre chef : action de gestion d'affaires ou bien de mandat dans le meilleur des cas. Par conséquent si l'on peut, à la rigueur, douter dans certains cas de l'intérêt l'intérêt qu'a le mandant de crédit à l'exécution de son ordre, l'on ne peut du moins ignorer celui qu'il a toujours à obtenir les actions; aussi ne voit-on pas au nom de quel principe pourrait lui être refusée l'action directe dans cette fonction particulière. Telle était l'opinion traditionnelle et unanime de la doctrine¹ jusqu'à ce que se soit fait jour une nouvelle théorie² selon laquelle il faut distinguer deux tendances différentes chez les jurisconsultes de l'époque classique. Selon les uns (tels Julien et Gaius) le mandant n'aurait pas d'action pour obtenir la cession mais simplement le droit d'opposer l'exception de dol pour ne pas payer avant que les actions lui soient cédées; d'autres jurisconsultes parmi lesquels Papinien sembleraient au contraire accorder l'action au mandant pour le cas où il aurait désintéressé son mandataire sans avoir au préalable pris la précaution de se faire céder les actions.

1) Julien, l. 14, *Dig.*, D. 46.1.13 :

« *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum*

1. Accarias, *op. cit.*, p. 379; Cuq, art. dans *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, t. 3, p. 551; Girard, *Manuel*, p. 810, n. 1.

2. Schulz, *Klagen* — *Cession im Interesse des Cessionars*, *Zeitschrift d. Sav. Stift.*, 27 (1906), p. 100.

*mandati egeris, non liberabitur Titius : sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*¹. »

2) Papinien, l. 3, resp., D. 46.3.95, § 10 :

« *Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses [eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli]*² : et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet : sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem ut ei satisfiat... »

3) Ulpien, l. 14, ad ed., D. 17.1.28 :

« *Papinianus libro tertio quaestionum ait, mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.* »

Nous ne croyons pas qu'en prenant ces textes pour point de départ l'on puisse arriver à tracer les grandes lignes d'une controverse d'école ; les solutions préconisées par les jurisconsultes dans les cas d'espèce soumis à leur sagacité, loin d'être exclusives les unes des autres, sont simplement les mieux adaptées à chaque circonstance particulière. Ainsi le cas exposé dans le premier texte est celui où le mandant n'a pas encore payé, dans ces conditions il est bien plus simple d'opposer l'exception que d'intenter l'action dont la néces-

1. Le texte est à peu de chose près reproduit sous le nom de Gaius, D. 17.1.27, § 5.

2. Il faut bien reconnaître que le sens de ce passage est gravement altéré car il est peu probable que Papinien ait jamais voulu dire qu'un contrat ressemble à un tuteur (cf. Bortolucci, *op. cit.*, p. 202, n. 2).

sité ne se fait pas sentir et comme toujours c'est la solution la plus simple que propose le jurisconsulte; au contraire dans les deux derniers textes pareil conseil ne serait plus de mise, car il y est sous-entendu que le mandant a déjà été condamné et qu'il a payé, par conséquent, lorsque Papinien affirme que néanmoins le mandataire sera contraint de céder ses actions contre le tiers, il faut en déduire que c'est l'action du mandat qu'il préconise pour l'y contraindre. Il n'y a donc aucune contradiction entre les opinions des deux jurisconsultes, lesquelles s'appliquent à des cas différents; d'ailleurs, Julien n'affirme pas que l'action du mandat ne saurait convenir au mandant de crédit et l'on ne comprend même pas quelle raison aurait pu le pousser à le faire : forcer le mandataire à retransmettre ce qu'il a pu acquérir par l'exercice du mandat est le rôle principal de l'action directe et il serait aussi incompréhensible qu'inique qu'elle puisse faillir à cette fonction essentielle.

Il nous reste à indiquer la théorie, plus radicale encore, exposée incidemment par Partsch¹, selon qui l'action directe pour obtenir la cession n'aurait jamais été en droit classique concédée au mandant de crédit. D'après cet auteur, les deux textes de Papinien, cités plus haut, ne se réfèrent pas nécessairement à l'action directe; s'il en était ainsi, ces deux fragments deviendraient incompréhensibles, puisqu'il est bien entendu qu'ils ne peuvent avoir trait à l'exception devenue inutile une fois que le mandant a payé. De plus, il existe encore un texte de Modestin duquel il résulte indubi-

1. Partsch, *Studien zur negotiorum gestio* (Heidelberg, 1913), t. I, p. 62, n. 1.

tablement que la cession d'actions peut encore être demandée par le mandant après qu'il a payé ou qu'il a été condamné.

Modestin, l. 13, *resp.*, D. 46.1.4, 1 :

« *Idem respondit si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum iudicati conveniri coeperit posse eum desiderare ut adversus eos, qui idem mandaverint, actiones sibi mandetur.* »

C'est contre ses comandants que le mandant peut vouloir diriger l'action *contraria* du mandataire ; Modestin nous enseigne qu'il peut encore la demander *cum iudicati conveniri coeperit* ; il est donc inexact de dire qu'on ne peut engager le mandataire à céder ses actions que par voie d'exception en faisant de cette cession la condition de la condamnation du mandant.

Le droit du mandant d'exiger la cession des actions se limite à demander ces actions au mandataire tel que celui-ci est censé les avoir *ex causa mandati*, ce qui revient à dire que, si de l'exécution fidèle du mandat il n'est pas né d'action contre le tiers débiteur, le mandant ne pourra s'en prévaloir ni pour refuser de rembourser le mandataire ni pour lui demander des dommages-intérêts. Cette limitation des droits du mandant résulte premièrement du caractère principal du contrat de mandat dont la validité ne saurait être atteinte par la nullité de l'obligation du tiers débiteur et secondement de la bonne foi qui anime les rapports des parties au mandat. C'est ainsi que le mandant sera tenu lorsqu'il aura donné l'ordre de prêter de l'argent à un mineur¹ (D. 4.4.13, pr.) ou à un fils de famille en dépôt du sénatus-consulte macédonien.

1. Girard, *Manuel*, p. 814, n. 1.

Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.12, § 13 :

« hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non (sc. filius familias) nec essem daturus contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret non accipere contra senatus consultum et [periculo meo crede, dicat, bene credis] ¹ arbitror locum esse mandato et mandati eum teneri. »

Les mêmes principes qui veulent que le mandataire ne soit pas responsable de l'inexistence des actions lorsqu'elle résulte des conditions mêmes du mandat, demande encore qu'il ne soit pas responsable de l'inefficacité de ces actions, c'est-à-dire de la solvabilité du tiers débiteur. Il est cependant bien entendu que les règles que nous venons d'exposer n'ont lieu de s'appliquer qu'aux cas où la nullité de l'obligation du tiers ou son insolvabilité ne procèdent pas de la faute du mandataire :

Papinien, l. 28, *quaest.*, D. 46.3.95 § 11 :

« Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit ne mandatori possit actionibus cedere. »

Lorsque le mandataire se trouve par sa faute dans l'impuissance de céder ses actions contre le tiers, le mandant sera libéré de son obligation; le texte se réfère probablement à l'hypothèse d'une *plus petitio* ² ayant causé la perte du procès intenté par le mandataire au débiteur, mais il semble hors de doute qu'il faille étendre la solution à tous les cas où la cession

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 285.

2. Cf. Krüger, *Digeste*, h. l.

serait devenue impossible *mandatarii vitio*. Malgré l'absence de textes, nous croyons qu'au cas où le mandant aurait d'abord payé et ne se serait aperçu qu'ensuite de la perte des actions survenues de la faute du mandataire, il pourrait lui demander des dommages-intérêts, ce qui n'est qu'un corollaire de l'existence de l'action *mandati directa*.

c) Le mandat de crédit étant un contrat principal, l'obligation du mandant est indépendante de celle du tiers débiteur; il s'ensuit qu'à l'exclusion des exceptions qui sont connexes à l'obligation de ce tiers le mandant ne peut opposer au mandataire que celles qui sont inhérentes à sa propre obligation ou qui dérivent en général du caractère de bonne foi du contrat de mandat. Par conséquent le mandataire pourra se voir opposer ses fautes ou le paiement déjà effectué par le tiers ou encore le pacte *de non petendo* conclu avec lui tandis que ne pourra pas lui être opposée l'exception du sc. Macédonien personnelle au débiteur ainsi que nous l'avons vu dans le fragment d'Ulpien précédemment cité¹. Un second texte dans le même sens nous est fourni par Paul, l. 4, *quaest.*, D. 17.1.58, § 1² :

« *Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant, absente eo creditore apud quem mandator exstiterat : quaero si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem quam heres debitoris. respondi : si praesens apud praetorem ipse quoque consensisset, [pactus videtur iusta ex causa*

1. D. 17.1.12, § 13.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 295-296.

eaque] exceptio [et fidiuessori] danda esset [et] mandatori. sed cum proponas eum afuisse iniquum est auferri ei electionem [(sicut pignus aut privilegium), qui potuit id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris nec enim si quis dixerit summovendum creditorem heredi consulitur sed mandatodi vel fideiussori, quibus mandata iudicio eandem partem praestaturus est]. plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori [fideiussorem] (mandatorem) convenire dubitatum esset. sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.»

Malgré les multiples remaniements subis par ce texte, le sens en demeure assez clair : Titius qui avait fait garantir l'une de ses dettes par un mandant de crédit étant mort, le prêteur avait émis, du consentement de la majorité des créanciers, un décret établissant la proportion dans laquelle ils seraient désintéressés de leurs créances par les héritiers; celui des créanciers dont les droits avaient été assurés par le mandat de crédit n'ayant pas pris part à la décision commune, le jurisconsulte se demande si le mandant peut user de l'exception qui appartient aux héritiers. Examinant l'espèce, Paul décide que si le créancier avait adhéré à la décision commune et avait reçu le paiement de sa quote-part il ne pourrait pas pour le reste s'adresser au mandant (car il serait contraire à la bonne foi que le mandataire exigeât plus du mandant qu'il n'a déclaré vouloir recevoir de son débiteur) tandis que, s'il était resté étranger au décret du prêteur, le mandant ne pourrait pas lui opposer l'exception réservée aux héritiers; il est aisé de discerner dans les motifs invoqués par le jurisconsulte pour jus-

tifier sa décision la préoccupation de ne laisser le mandant se prévaloir que des exceptions ressortant de la conduite observée par le mandataire durant l'exécution du mandat et non pas des exceptions propres uniquement au débiteur, la bonne foi qui ne doit cesser de régner au cours des rapports du mandant et du mandataire se trouvant ainsi sauvegardée.

Si les principes que nous venons d'exposer valent certainement pour le droit classique il n'en est plus ainsi pour le droit byzantin.

A l'époque byzantine la méconnaissance ou du moins la lente transformation des catégories créées par le droit classique unie à une longue pratique du mandat de crédit dans un but économique analogue à celui de la fidéjussion avaient sensiblement rapproché les effets de ces deux institutions et il vint un moment où l'on ne comprit plus pourquoi il convenait de traiter avec une rigueur inégale des personnes remplissant une même fonction économique, dans des conditions, à peu de choses près, pareilles. L'une des premières et peut-être aussi des plus importantes transformations déterminées par cette nouvelle manière de voir fut de considérer le mandat de crédit comme faisant partie des *accessiones* :

Paul, l. 4, *quaest.*, D. 46.1.71, pr. :

« *Sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatorem eius...* »

L'ensemble du texte traite de l'extinction du mandat de crédit par la confusion survenue entre la personne du mandataire et celle du tiers débiteur mais nous en retenons surtout le passage cité, pour l'assimilation qui y est faite entre l'obligation du fidéjusseur et celle du mandant de crédit en tant que constituant toutes deux des *accessiones*. Il est cependant étonnant de voir Paul classer délibérément le mandat de crédit parmi les contrats accessoires, alors que nous l'avons vu¹ dans le même livre de ses questions (D. 17.1.58, § 1) distinguer aussi soigneusement les cas où seulement *par le fait du mandataire* il pouvait arriver que l'obligation du mandant suive le sort de celle du tiers débiteur. C'est pourquoi nous croyons que la détermination du caractère accessoire du mandat de crédit ne peut être attribuée au jurisconsulte dont l'autorité est invoquée par les compilateurs du Digeste².

Il en va de même pour deux textes où se trouve appliquée la principale conséquence de la nouvelle classification : l'attribution au mandant d'exceptions qui normalement sont étrangères à son obligation.

Ulpien, l. 29, *ad ed.*, D. 14.6.9, § 3^s :

1. « *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque [et mandatori] eius [qui et ipsi mandati habent regressum] nisi forte donandi animo intercesserunt tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit sed et si non donandi animo patris tamen*

1. Cf. p. 128.

2. Dans le même sens, mais pour d'autres raisons, Bortolucci, *op. cit.*, pp. 246-247.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 244.

voluntate intercesserunt totus contractus a patre videbitur canprobatus. »

La mention qui est faite dans ce texte du *mandator* provient certainement des compilateurs, le principe classique étant que le mandant restait tenu en pareil cas et nous avons vu ¹ cette règle clairement exposée dans un autre texte du même jurisconsulte que l'inattention des compilateurs a laissé subsister intact. Ce n'est d'ailleurs pas seulement en matière de prêt fait à un fils de famille qu'Ulpien refusait au mandant l'exception du tiers, mais encore dans l'hypothèse voisine du prêt fait à un mineur (D. 4.4.13, pr., 46.1.25).

2. *Impp. Diocletianus et Maximianus* C. 4.30.12 :

« [*Tam mandatori quam*] ² *fideiussori non numeratae pecuniae exceptio exemplo rei principalis competit. »*

Le mandant n'a nul besoin de l'exception du tiers pour repousser l'action du mandataire qui n'a pas exécuté l'ordre qu'il avait reçu, les principes propres au mandat y suffisent amplement et c'est pourquoi la constitution ne devait primitivement tendre à protéger que le fidéjusseur ; quant à la mention faite du mandant elle provient probablement d'une erreur de copiste et s'explique tant par le rapprochement de la fidéjussion et du mandat de crédit que par l'habitude prise de le compter parmi les contrats accessoires.

C'est par conséquent à une transformation complète de la position juridique de l'obligation du mandant, ainsi que de ses moyens de défense, que nous assistons à l'époque de Justinien. A ce dernier égard

1. D. 17.1.12, § 13, cf. *supra*, p. 127.

2. Bortolucci, *op. cit.*, p. 249.

la situation de celui qui a fait obtenir un crédit à un tiers, en émettant un mandat, peut se résumer dans une règle mise, une fois de plus, sous l'autorité d'Ulpien, l. 76, *ad ed.*, D. 46.1.32 :

« *Ex persona rei et quidem invito reo exceptio [et cetera rei commoda] fideiussori [ceterisque accessio-nibus] competere postest*¹. »

B) Rapport du mandataire avec le mandant.

I. Les rapports du mandataire de crédit avec son mandant se limitent à l'action *mandati contraria* et aux exceptions opposables à l'action directe. Les exceptions offertes au mandataire de crédit sont celles qui résultent du jeu des principes communs à tous les mandats, mais leur importance pratique se trouve restreinte au cours du mandat de par le peu de fréquence de l'action directe à laquelle elles sont opposables. Ainsi au rebours de ce qui se passe lorsqu'on envisage la situation du mandant, ce ne sont pas les exceptions, mais l'action qui est le principal effet du contrat en ce qui concerne le mandataire.

Comme nous avons précédemment tenté de l'établir, le fondement de l'action *contraria* est le contrat de mandat lui-même, aucune promesse de garantie n'étant nécessaire pour l'assurer au mandataire ; le principe selon lequel le mandataire ne doit rien perdre en exécutant le mandat se trouve clairement exprimé dans une constitution des empereurs Sévère et Antonin (C. 4.35.1) et plus spécialement en ce qui concerne le

1. Les corrections au texte sont de Krüger, D. h. 1.

mandat de crédit dans un fragment de Paul, l. 11, *ad Sab.*, D. 17.1.20, pr.¹ :

« *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepi
nihil remanere oportet, sicui nec damnum pati debet
si exigere faeneratam pecuniam non potuit.* »

Ce texte généralement considéré comme fondamental en ce qui concerne le recours du mandant de crédit a été soupçonné par M. Bortolucci d'être gravement altéré². D'après cet auteur le texte ne peut être interprété que de deux manières aussi inadmissibles cependant l'une que l'autre. Premièrement il pourrait, selon l'opinion communément admise, signifier que le mandataire ne doit pas ressentir de dommages s'il ne peut percevoir du tiers les deniers qu'il lui a prêtés, ce qui sous-entendrait qu'il doit tout d'abord tenter de percevoir ces deniers du tiers avant de pouvoir s'adresser au mandant, or il est impossible que Paul ait voulu dire cela puisque la règle du droit classique est que le mandataire dont la créance n'est pas remboursée à l'échéance peut agir directement contre le mandant indépendamment de toute action contre le tiers. Secondement, le texte pourrait encore signifier¹ que le mandataire gérant une affaire d'argent du mandant ne doit pas ressentir de dommages s'il ne peut à l'échéance percevoir les deniers prêtés, ou autrement dit qu'il ne répond pas de l'insolvabilité du tiers ; on ne peut cependant pas admettre que telle ait été la pensée du jurisconsulte puisqu'un fragment de ses propres Sentences (1.4.3) enseigne qu'en pareil cas le

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 286.

2. *Op. cit.*, 206-207.

3. Schulz, *Zeitschrift d. Sav. Stift.*, t. 27 (1909), p. 138.

periculum nominum concerne dès l'abord et directement le mandant. S'il est impossible de trouver pour le texte de Paul une interprétation qui ne soit pas en contradiction avec les principes juridiques admis de son temps, il faut bien admettre qu'il est très altéré et que le sens primitif en est définitivement perdu.

Nous ne croyons cependant pas que ce raisonnement soit entièrement exact, car il impose d'attribuer au mot *exigere* la signification de « percevoir », « faire payer », alors qu'il peut avoir fort bien celui de « réclamer » ou « exiger », qui, introduit dans la phrase, en éclaire le sens : le mandataire ne doit pas ressentir de dommages lorsqu'il ne peut réclamer au tiers les deniers prêtés; ainsi comprise la phrase ne fait plus allusion à l'insolvabilité du tiers, laquelle ne saurait empêcher le mandataire de réclamer, mais au manque d'actions du mandataire ou à leur neutralisation par une exception. Par conséquent, le principe qui se dégage du fr. 20 *pr.* est celui que nous connaissons déjà et selon lequel le recours du mandataire est indépendant de l'efficacité du contrat qu'il a conclu avec le tiers, en tant qu'il a suivi les ordres du mandant.

La protection accordée au mandataire par l'action *contraria* dépend évidemment de l'exactitude mise à l'accomplissement du mandat et des fautes commises; à ce sujet nous avons vu¹ que l'action est déniée au mandataire qui par sa faute a perdu le procès intenté contre le tiers (D. 46.3.95, § 11). En ce qui concerne les solutions adoptées lorsque le mandataire s'est

1. *Supra*, p. 127.

écarté de la volonté du mandant, il est assez difficile de faire la part exacte du droit classique en regard de celle du droit byzantin; toutefois il semble que le mandant reste tenu, pour le capital, envers le mandataire qui a prêté à intérêts alors que le mandat portait de consentir un prêt simple, si tant est que l'on puisse ajouter foi à un texte de Paul, l. 4, *quaest.*, D. 46.1.71, § 2 : « *Placet mandator teneri etiam si faeneraturo creditori mendet pecuniam crederi* » ; en ce qui concerne le mandataire qui, ayant reçu l'ordre de cautionner jusqu'à une certaine somme la dette d'un tiers, aurait garanti pour une somme plus élevée, il est douteux qu'il puisse poursuivre le mandant, même pour le montant de la somme ordonnée ; le texte de Julien (D. 17.1.33) ¹ qui semble l'admettre est probablement remanié par les compilateurs ainsi qu'une constitution conforme des empereurs Dioclétien et Maximien ² (C. 8.40.22). De même, à l'époque classique, le mandataire se trouvait privé de recours lorsque, au lieu de se porter fidéjusseur pour un tiers, il se contentait d'émettre un mandat en sa faveur ; néanmoins, à l'époque byzantine, il fut décidé que le mandant resterait tenu même dans ces conditions, ainsi qu'il paraît résulter de l'interpolation du D. 17.1.62, § 1 ³ ; par contre, les Byzantins ont eux-mêmes laissé subsister l'incapacité du mandataire d'intenter l'action *contraria* lorsqu'il avait négligé d'obtenir de son débiteur les sûretés que le mandant lui avait ordonné de demander : Paul, l. 4, *resp.*, D. 17.1.59, § 6 : « *Paulus*

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 290,

2. Bortolucci, *op. cit.*, p. 209, n. 1,

3. Cf. *supra*, p. 119,

*respondit non videri mandati conditioni paritum, cum in mandato adiectum sit, ut idonea cautio a debitore exigeretur, si neque fideiussor neque pignora accepta sint*¹. »

En dehors des obstacles que le mandataire pose, par ses propres écarts de conduite, à l'exercice de son action, il peut encore en rencontrer d'autres qui résultent d'une volonté spéciale du mandant. Ainsi le mandant peut déterminer le lieu où son obligation deviendra exigible, mais s'il néglige de prendre cette précaution, le paiement devra être fait là où le tiers débiteur aurait dû faire le sien² ; le mandant peut encore par le mandat même limiter la durée de son obligation (D. 17.1.59, § 5), mais normalement, une fois qu'elle est parfaite, l'obligation du mandant est perpétuelle et passe à ses héritiers qui seront tenus en proportion de l'actif héréditaire recueilli (D. 46.1.24).

Lorsque le mandataire se trouve dans les conditions requises pour que l'action *contraria* lui soit accordée, cette action tend à le dédommager de tous les débours qu'il a dû faire pour exécuter le mandat. A cet égard, certains auteurs, parmi lesquels v. Thur³ et Förster⁴, distinguent l'action contraire du mandat ordinaire de celle du mandat de crédit en ce que cette dernière ne serait pas une action en recours pour diminutions patrimoniales, mais une action en dédommagement.

1. Dans le même sens une constitution de l'empereur Antonin, C. 8.40.7.

2. Paul, 1.15, *resp.*, D. 46.1.61 : « *Si ut proponitur, cum pecunia mutua daretur, ita convenit, ut in Italia solveretur, intellegendum mandatorum quoque simili modo contraxisse.* »

3. *Op. cit.*, p. 36.

4. *Op. cit.*, pp. 16 et 80.

C'est sur l'idée que se font ces auteurs du mandat de crédit, qui pour eux n'est pas un mandat, mais une opération de garantie procédant d'une promesse de garantie¹, que se fonde cette distinction que l'on ne retrouve pas dans les textes et dont, au surplus, l'on ne conçoit pas bien l'intérêt pratique, si ce n'est celui de priver le mandataire de recours pour les dépenses accessoires au principal de la dette.

Paul, sentences, 2.17.16 :

« *Electo reo principali fideiussor vel heres eius liberatur ; non idem in mandatoribus observatur.* » L'indépendance parfaite, en droit classique, de l'obligation du mandant et de celle du tiers a pour résultat que l'objet de l'action *contraria* pourra toujours être le montant intégral du crédit ouvert par le mandataire sur l'ordre du mandant ; néanmoins, le mandataire qui, ayant reçu du tiers une satisfaction partielle, agirait encore pour le tout contre le mandant, commettrait un dol. En dehors du capital, l'action comprend aussi les intérêts portés par la dette du tiers, mais seulement lorsque le mandant a ordonné d'exiger des intérêts. De même seront compris dans l'action les frais accessoires à la dette principale, comme, par exemple, les débours causés par la mise en demeure du tiers débiteur¹ et d'une manière générale toutes les dépenses que le tiers a été obligé de faire pour exécuter le mandat.

1. V. Thur, *op. cit.*, p. 36 : « L'on ne saurait parler de diminution patrimoniale puisque le mandataire agit dans son propre intérêt et non pas comme gérant d'affaires. » Cet argument suppose nécessairement que le mandat *ut Titio credas* est un mandat *tua gratia*, ce qui est fort loin d'être prouvé.

2. D. 22.1.24, 1; Cf. Girard *Manuel*, p. 802, n. 3.

Suivant une bonne partie de la doctrine ¹, le mandataire, dont la créance n'a pas été éteinte par le paiement à l'échéance, peut agir indifféremment contre le tiers débiteur ou contre le mandant ; si toutefois le mandataire commence par agir contre le tiers et s'il n'en obtient satisfaction que pour une partie de sa créance, il pourra pour le reliquat s'adresser au mandant dont l'obligation n'est pas éteinte par la *litis contestatio* opérée avec le tiers. Cette manière de voir n'est cependant pas commune à tous les auteurs dont un groupe important enseigne que la subsidiarité de l'obligation du mandant était de règle en droit classique ², le *jus eligendi* n'ayant été concédé au mandataire qu'au Bas-Empire. A part les arguments de textes sur lesquels cette dernière fraction de la doctrine étaye son opinion, nous croyons que celle-ci procède surtout de l'idée très répandue, mais préconçue, que le *jus eligendi* a été concédé au mandataire à l'imitation de celui qui appartenait au créancier de la caution verbale ³ ; dès lors, comme, à l'époque classique, le mandataire n'avait pas un véritable intérêt à agir d'abord contre le mandant, du moment que l'obligation de celui-ci n'était pas éteinte par l'action dirigée contre le tiers, il faut bien admettre que si c'est par routine que le *jus eligendi* lui a été conféré, il n'a pu l'être qu'au moment où s'opérait, sans tenir

1. Girard, *Manuel*, p. 803 et note 4; Cuq, *Manuel*, p. 654 et note 2; Windscheid, *op. cit.*, p. 1022, n. 1; Girtanner, *op. cit.*, p. 70; Bortolucci, *op. cit.*, p. 214 et note 1; Forster, *op. cit.*, p. 54.

2. Perozzi, *op. cit.*, t. II, p. 311; Ferrini, *op. cit.*, n° 491, p. 629.

3. Girard, *Manuel* p. 803 : « Mais cependant la règle du libre choix qu'on avait l'habitude de voir fonctionner dans le cautionnement verbal a été transportée par routine à ces modes de cautionnement plus récents (*constitut et mandati pecuniae credendae*). »

compte du fondement de leurs droits, une assimilation progressive de la situation du fidéjusseur et de celle du mandant de crédit, c'est-à-dire au moment du Bas-Empire.

Il n'est cependant rien moins que prouvé que ce soit par une extension des règles propres à la caution verbale que le mandataire se trouve exposé à être poursuivi dès l'abord par son mandataire, puisque c'est au contraire un principe commun à tous les mandats, et l'on ne voit pas pourquoi il ferait défaut dans le mandat de crédit ; ce à quoi le mandataire est obligé, c'est à devenir créancier et non pas à poursuivre le débiteur s'il ne paye pas ; aussi, à l'échéance, le mandataire a-t-il fini d'exécuter le mandat : il s'est porté créancier du tiers et l'est resté le temps qu'il lui avait été ordonné, au mandant maintenant d'exécuter son devoir et d'indemniser le tiers de ses dépenses, cela est conforme à la bonne foi qui doit animer le contrat ; quant à la faculté qui est reconnue au mandataire d'agir contre le tiers avant de s'adresser au mandant, elle résulte de ce que, conformément aux règles du mandat romain, les actions appartiennent au mandataire jusqu'à ce qu'il les ait cédées, et qu'il n'est pas non plus contraire à la bonne foi d'essayer de se faire payer par le tiers afin de ne plus importuner le mandant.

Les textes que l'on avance généralement pour démontrer le caractère subsidiaire de l'obligation du mandant consistent en un fragment de Paul, D. 17.1. 20, pr. et en un fragment de Gaius, D. h. t. 27, § 5. En ce qui concerne le premier de ces textes, nous avons

vu¹ qu'il se réfère à l'indépendance des obligations et qu'il ne peut vouloir signifier que le mandant doit d'abord réclamer le paiement au tiers, puisque le jurisconsulte pose justement le cas où il ne peut pas le lui réclamer. Pour ce qui est du second texte², il vise la cession d'actions et exclut de prime abord le devoir du mandataire d'agir premièrement contre le tiers, puisque Gaius en pose justement l'alternative : « *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris... sed si cum Titio egeris...* »

S'il n'y a aucun texte qui dénie formellement au mandataire le *jus eligendi*, il y en a au contraire qui le lui concèdent.

Papinien, l. 3, *resp.*, D. 17.1.56, pr. :

a) « *Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi et pignoribus non distractis eligi potest : quod uti liceat si litteris exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit; etenim quae dubitationis tollendae causa contractibus inserentur, ius commune non laedunt.* »

b) Scaevola, l. 1, *resp.*, D. 14.5.7 : « *Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere et per epistulam creditori mandavit, ut ei crederet : filius ex minima parte patri heres exstitit, respondi esse in potestate creditoris, utrum filium, cui credidisset, in solidum an heredes, pro qua parte quisque successisset, mallet convenire : [sed filius condemnatur in quantum facere potest]³.* »

Un mandataire ayant prêté de l'argent à un fils de

1. *Supra*, p. 134 et suiv.

2. *Supra*, p. 124 et n. 1.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 248.

famille sur l'ordre de son père, celui-ci venant à mourir, le mandataire, plutôt que de poursuivre le fils, en tant qu'il est son débiteur direct, peut préférer agir contre lui en tant qu'il a hérité de l'obligation de son père, le mandant. Il en résulte clairement que, même si le père était encore vivant, il eût pu être choisi par le mandataire de préférence au fils.

Si l'on considère que la pureté des textes qui viennent d'être cités¹ n'a jamais encore été contestée, il est hors de doute que le mandataire avait le *ius eligendi* en droit classique ; d'autre part, l'opinion que nous avons émise sur l'origine du droit d'élection du mandataire de crédit se trouve confirmée si l'on tient compte de l'époque à laquelle furent écrits les deux fragments, car ni Papinien, ni à plus forte raison Cervidius Scaevola ne pouvaient de leur temps faire la moindre confusion entre le mandat de crédit et la fidéjussion².

Par conséquent, nous croyons être en droit de dire que le bénéfice de discussion n'a été conféré au mandant de crédit que par Justinien dans sa *Novelle 4* (cap. 1) ; supposer le contraire reviendrait d'ailleurs à imaginer une très curieuse évolution : subsidiaire

1. Et qui ne sont pas d'ailleurs les seuls qui fassent mention du droit d'élection du mandataire, car peuvent encore être cités dans ce sens : D. 17.1.60, pr. ; C. 4.35.7 et surtout C. 8.40.23.

2. Un dernier argument en faveur de la subsidiarité de l'obligation du mandant en droit classique pourrait se trouver dans une constitution de Dioclétien, C. 8.40.19 (cf. Ferrini, *op. cit.*, *loc. cit.*) qui dit en termes très généraux qu'au cas de fidéjussion, de mandat ou de tout autre cautionnement, le créancier aura la *libera electio*, mais étant donnée la manière de s'exprimer de l'empereur, il est fort probable que la mention faite du mandataire est le produit d'une interpolation, ce dont il résulterait que c'est au Bas-Empire que le *ius eligendi* a été accordé au mandataire ; cet argument tombe si l'on considère que les remaniements apportés à ce texte par les compilateurs importent peu du moment que des sources classiques et intactes nous donnent la véritable solution.

à l'époque classique, l'obligation du mandant de crédit ne l'aurait plus été au Bas-Empire, pour le redevenir sous Justinien ; c'est là lui faire accomplir un cycle bien étrange.

Les textes ne mentionnent pas expressément le moment auquel l'action *mandati contraria* peut être utilisée par le mandataire ; selon Förster¹, l'action n'existe qu'à partir de l'échéance de la dette du tiers, car auparavant cela reviendrait à avoir le droit d'élire une action qui peut-être n'existera jamais (si le tiers paye à l'échéance) ; au contraire, d'après M. Bortolucci², il pourrait exister différents cas où le mandataire peut agir avant l'échéance. Nous croyons que la solution se dégage des principes mêmes du mandat : l'ordre de prêter à autrui comprend généralement le terme de ce prêt ; tant que ce terme n'est pas échu, le mandataire n'exécute pas le mandat et ne saurait donc avoir de recours contre le mandant ; les seuls cas qui pourraient faire exception à cette règle sont celui où le tiers est déchu du bénéfice du terme et celui (probablement théorique) où le mandant a omis de prévoir une échéance.

2° Au cas de pluralité de mandants de crédit, le mandataire peut en principe agir *in solidum* contre l'un d'eux ; toutefois, Justinien assure que, par sa célèbre *epistula*, l'empereur Hadrien avait concédé le bénéfice de division aussi bien au *mandator pecuniae credendae* qu'à la caution verbale.

C. 4.18.3 (a. D. 531) :

« *Divi Hadriani epistulam, quae de periculo divi-*

1. *Op. cit.*, p. 52.

2. *Op. cit.*, p. 215.

dendo inter mandatores et fideiussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est ; aequitatis enim ratio diversae species actiones excludere nullo modo debet. »

Il est cependant douteux que la réforme ait dès le principe compris l'obligation des *mandatores pecuniae credendae*, car Gaius, parlant dans ses Institutes, III, 121-122, de la réforme d'Hadrien et expliquant les raisons qui l'avaient rendue nécessaire, se borne à parler des fidéjusseurs sans faire aucune mention des *mandatores* ; aussi, pour beaucoup d'auteurs, le bénéfice de division n'a pas été concédé aux mandants par l'*epistula* même, mais soit immédiatement après ¹, soit à peine au temps de Papinien ². Cette dernière opinion paraît la plus vraisemblable si l'on considère que c'est effectivement dans un texte de Papinien que se trouve la première mention faite d'un bénéfice de division accordé aux comandants, mais cela n'est pas encore sûr :

Papinien, l. 3, *resp.*, D. 27.7.7 :

« Si fideiussores qui rem salvam fore pupillo caveant, tutorem adulescens ut ante conveniret petierant atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros quod ab eo servari non potuisset : placuit inter eos, qui solvendo essent actionem residui dividi, quod onus fideiussorum susceptum videretur [nam et si mandato plurium pecunia credatur, aequè dividitur actio : si enim quod datum pro alio solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit ? »]

La pureté de ce texte, du moins en ce qui concerne

1. Girard, *Manuel*, p. 807, et note 3.

2. Girtanner, *op. cit.*, p. 102; Sokolowski, *op. cit.*, p. 87.

sa dernière partie, est des plus contestables. Certains auteurs ¹ ont observé que les motifs invoqués par Papinien pour justifier la division des actions contre les comandants sont exactement les mêmes que ceux dont use Justinien (C. 4.18.3) pour étendre le bénéfice aux coconstituants, ce dont on peut déduire que l'opinion attribuée à Papinien a la même source que celle du Code. Cet argument ne nous semble cependant pas entièrement probant, car on pourrait le retourner et prétendre que Justinien a puisé dans Papinien la justification d'une innovation analogue à celle du jurisconsulte ².

Les raisons données de l'altération du fragment par M. Bortolucci ³ paraissent bien plus décisives, car elles se fondent sur le texte même : plusieurs fidéjusseurs *rem pupilli salvam fore* promettent au pupille par une nouvelle stipulation de l'indemniser de ce qu'il ne pourra pas obtenir du tuteur en agissant contre lui ; les cofidéjusseurs seront en tant que tels libérés envers le pupille lorsque celui-ci agira contre eux en vertu de la nouvelle stipulation et de même que le pupille eût dû diviser son action contre les cofidéjusseurs, il devra la diviser contre les copromettants : *quod onus fideiussorem susceptum videretur*, nous dit Papinien ; la solution est jusqu'à ce point parfaite, les deux obligations naissent de contrats verbaux, l'une est destinée à prendre la place de l'autre, leurs effets sont dans l'ensemble pareils ; l'on comprend très bien que le jurisconsulte étende par analogie le bénéfice de

1. Costa, *Papiniano*, t. IV (1999), p. 28 ; Krüger, *Digeste*, h. 1.

2. *Contra*, Eisele, *Zeitschrift d. Sav. Stift*, t. 13, (1892), p. 147.

3. *Op. cit.*, pp. 251-252.

division de l'une des obligations à l'autre, mais ce qui est étrange, c'est qu'il continue à argumenter par analogie (*nam*) pour étendre la même solution au mandat de crédit, dont les effets ne sauraient se comparer à ceux d'un contrat verbal. Il y a par conséquent de fortes raisons pour douter que la seconde partie du texte soit, elle aussi, de Papinien.

Plus encore que des observations qui précèdent, nous croyons que l'interpolation de la loi 7 ressort de sa comparaison avec un autre texte du même jurisconsulte.

Papinien, l. 11, *resp.*, D. 46.1.52, § 3 :

« *Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur [absolutione quoque secuta non liberantur sed] (Eisele) omnes liberantur [pecunia soluta] (Eisele)* »¹ *<ceteri>*² *non liberantur [sed omnes liberantur pecunia soluta]*². »

Ce texte est généralement considéré comme se rapportant au droit du mandataire d'agir *in solidum* con-

1. Bortolucci, *op. cit.*, p. 208, n. 2 : *ipso iure ceteri*.

2. Krüger, *Digeste*, h. 1, « *Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur [absolutione quoque secuta non liberantur sed] (Eisele) omnes liberantur [pecunia soluta] (Eisele)* »; la rédaction que nous proposons se fonde sur ce que l'obligation de plusieurs personnes, ayant donné indépendamment le mandat de faire le même prêt, est généralement considérée comme étant *in solidum* (Girard, *Manuel*, p. 794, note 5); dès lors la poursuite dirigée contre l'un des mandants ne saurait libérer les autres; cette opinion se trouve encore confirmée par un texte de Paul, D. 17.1.59, § 3, et par une constitution de Dioclétien et Maximien, C. 8.40.23 (cités plus loin). En ce qui concerne le cas où les mandants ont exprimé leurs ordres par un acte unique, il se pourrait que la *litis contestatio* faite avec l'un libère les autres, ce qui reviendrait à dire que leurs obligations sont solidaires, et l'on pourrait à l'appui de cette opinion citer le texte très connu de Papinien, D. 45.2.9, pr., qui admet la corréalité dans les contrats de bonne foi; nous nous contentons de signaler simplement la question, car du moins en matière de mandat de crédit nous ne croyons pas qu'il existe de textes précis, ce qui réduit aux conjectures.

tre l'un de ses mandants¹, et la seule réserve que l'on pourrait faire est que le jurisconsulte envisage le cas où le mandant omet de faire valoir l'exception de dol qui lui vaudra le bénéfice de division ; mais s'il en était ainsi, il serait inexplicable que Papinien ne précise pas ce cas exceptionnel et ne mentionne pas le bénéfice. On peut encore en dire autant d'un texte du contemporain de Papinien, Paul, l. 4, *resp.*, D. 17.1.59, § 3 :

« *Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum eligi posse, etiam si non sit concessum in mandato : post condemnationem autem in duorum personam collatam necessario ex causa iudicati singulos pro parte dimidia conveniri posse et debere*². »

Le droit d'élection *in solidum* du mandataire est encore mieux souligné dans ce texte, du fait que s'il a négligé de ce droit il ne peut plus, après la condamnation des comandants, agir que *pro parte* contre chacun d'eux.

Il est encore plus intéressant d'observer que le bénéfice de division des *mandatores* semble encore ignoré dans des textes postérieurs à Papinien :

a) Modestin, l. 13, *resp.*, D. 46.1.41, § 1 :

1. Girard, *Manuel*, pr. 794, n. 5 : « Il y a encore une obligation *in solidum* (admise cette fois par M. Eisele lui-même), quand plusieurs personnes ayant donné indépendamment le mandat de faire le même prêt sont tenues chacune de tout le préjudice : Papinien, D. 46.1.52, § 3. »

Il est curieux de constater la contradiction dans laquelle se trouve ce passage avec celui du même auteur, p. 807 : « Le second tempérament a été introduit par une constitution d'Hadrien précisément dans l'intérêt des fidéjusseurs, desquels il fut étendu immédiatement aux *mandatores pecuniae credendae*... »

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 296 : signalant l'interpolation de la période : « *post condemnationem... fin* » Si l'on admettait cette opinion elle tendrait à démontrer que même à l'époque tardive où l'adjonction a été faite le bénéfice de division n'était pas introduit.

« *Idem respondit, si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus...* »

b) *Impp. Dioclétianus et Maximianus* (a. d. 294)
C. 8.40.23.

« *Reos principales vel mandatores simpliciter acceptos eligere vel pro parte convenire vel, satis non faciente contra quem egeras primo, post ad alium reverti, cum nullus de his electione liberetur, licet.* »

Il serait impossible de croire que ce texte ne concerne que les rapports du mandataire avec le tiers débiteur et le mandant, car alors l'alternative *eligere vel pro parte convenire* n'aurait aucun sens ; il serait incompréhensible qu'un mandataire s'adresse dès l'abord au tiers et au mandant *pro parte* ; l'alternative se réfère donc spécialement au droit d'élection *in solidum* du mandataire¹, tandis que le reste du texte embrasse l'ensemble des rapports entre les sujets de l'opération et énonce le principe d'indépendance des différents rapports obligatoires.

Par conséquent, nous croyons être en droit d'affirmer que le bénéfice de division des *mandatores pecuniae credendae* n'a pas été introduit avant la fin du règne de Dioclétien ; toutefois, étant donnée la manière de s'exprimer de Justinien, il est difficile de croire que ce soit lui-même qui ait procédé à l'innovation et il est probable que le bénéfice a fait son apparition dans la période intermédiaire à ces deux empereurs.

1. Dans le même sens, Costa, *op. cit.*, p. 28 ; Bortolucci, *op. cit.*, p. 208, n. 2.

C) *Rapports du mandataire de crédit
et du tiers débiteur.*

Le mandat de crédit est le motif des relations contractuelles du mandataire et du tiers débiteur, mais ce motif est tout subjectif au mandataire et son existence reste indifférente au tiers, la cause de l'obligation de ce dernier étant uniquement le crédit qui lui a été concédé. Par conséquent, les actions du mandataire contre son débiteur ainsi que les exceptions opposables par ce dernier seront uniquement celles qui pourront se fonder sur le contrat intervenu entre eux et la *litis contestatio* opérée par le mandataire avec le mandant ne libérera pas le tiers débiteur¹.

D) *Rapport du mandant et du tiers débiteur.*

Le mandant, qui à l'échéance a été amené à désintéresser lui-même le mandataire, peut à son tour poursuivre le tiers débiteur pour en obtenir la réparation du préjudice souffert ; pour exercer son recours, il a le choix entre deux moyens d'action différents. Premièrement, il peut poursuivre le tiers à l'aide des actions qui lui ont été cédées par le mandataire ; dans cette hypothèse, il agit exactement comme le mandataire l'eût fait et les mêmes fins de non-recevoir pourront lui être opposées. Secondement, il peut éviter ce dernier inconvénient en choisissant l'autre moyen d'action mis à sa disposition et qui résulte des rapports particuliers de mandat ou de gestion d'affaires pouvant exister entre lui et le tiers ; mais, dans ce

1. Cf. D. 46.1.13 ; 46.3.95, § 10 ; 17.1.60 pr.

dernier cas, il ne bénéficie pas des sûretés qui accompagnaient la créance du mandataire.

Par conséquent, les deux voies de recours ouvertes au mandant sont non seulement différentes, mais encore présentent chacune leur utilité propre et cela d'autant plus que, dans certaines hypothèses, l'une seule d'entre elles est accessible au mandant ; ainsi, par exemple, les actions cédées par le mandataire conviendront seules au mandant lorsqu'il aura émis le mandat de crédit contre la volonté du tiers débiteur, et au contraire il ne pourra recourir que par l'action *negotiorum gestorum* ou *mandati contraria* quand la cession d'actions est impossible.

Dans l'hypothèse où c'est en se fondant sur les rapports particuliers existant entre eux que le mandant recourt contre le tiers débiteur, il reste à se demander quelles sont les circonstances dans lesquelles l'action *negotiorum gestorum contraria* lui est attribuée et quelles sont celles où il peut user de l'action *mandati contraria*, beaucoup plus avantageuse. A en croire certains textes d'un caractère très général, l'action *mandati* convient toujours contre celui qui a admis que l'on intervienne en sa faveur :

Ulpien, l. 40, *ad Sabinum*, D. 17.1.18¹ :

« *Qui patitur ab alio mandari ut sibi credatur mandare intellegitur.* »

Ulpien, l. 10, *disputationum*, D. 50.17.60 :

« *Semper qui non prohibuit pro se intervenire mandare creditur. Sed et si quis ratum habuit quod gestum est, obstringitur mandati actione* ². »

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 286.

2. Pour les rectifications proposées à ces deux textes, voir p. 157-158.

Selon M. Bortolucci¹, ces deux textes sont altérés, ainsi que tous ceux qui paraissent accorder au *mandator pecuniae credendae* l'action contraire du mandat, sans que ce contrat soit réellement intervenu entre lui et le tiers débiteur ; c'est donc, pour cet auteur, un expédient byzantin que celui qui tend à constituer pour tout garant un droit de recours fondé sur l'action *mandati contraria* (et par conséquent sur une fiction de mandat). Pour plausible que soit cette conception du problème, nous croyons cependant qu'elle se révèle trop rigide si l'on considère l'ampleur de la question qui ne se limite pas au mandat de crédit, mais concerne en général la situation des garants et aussi bien celle des *adpromissores* que celle des *mandatores pecuniae credendae*². Aussi croyons-nous que certaines distinctions sont nécessaires, et, si interpolation des textes cités il y a, la portée de l'altération est néanmoins bien moins radicale que ne le croit M. Bortolucci (qui ce faisant est en contradiction avec lui-même puisqu'il se fonde par ailleurs sur la valeur de ces deux fragments pour démontrer l'intérêt du mandant à l'accomplissement du mandat de crédit³).

Les textes qui prévoient le recours du gérant contre le tiers débiteur en se fondant sur les rapports particuliers existant entre eux peuvent être divisés en trois catégories :

1° Textes déniaut tout recours au garant. Ce premier groupe est celui qui intéresse le moins directe-

1. *Op. cit.*, pp. 216-218 et 252-254.

2. Cf. Donatuti, *L'actio mandati dell'adpromissor* (extrait des *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia*) vol. 38. (1927) (série V. vol. II).

3. *Op. cit.*, p. 198, note 4.

ment notre sujet, puisque le déni est généralement le résultat d'une faute du garant, de l'impossibilité dans laquelle il s'est mis lui-même de recourir ou encore de l'opposabilité d'une exception ; par exemple : Paul, l. 3, *ad Plautium*, D. 2.14.32¹ (pacte de *non petendo, animus donandi* du fidéjusseur) ; Papinien, l. 17, *quaest.*, D. 7.5.8² ; Ulpien, l. 29, *ad ed.*, D. 14.6.9, § 3³ (exception du sc. Macédonien) ; Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.6, § 7⁴ (dol) ; Paul, l. 9, *ad ed.*, D. 17.1.40⁵ (opposition du tiers débiteur à ce que sa dette soit garantie) ; Papinien, l. 9, *quaest.*, D. 17.1.53⁶ (opposition ou ignorance du tiers débiteur).

2° La seconde catégorie comprend les textes dont l'examen semble démontrer que l'action *mandati contraria* appartient en principe au garant sous la seule condition que la garantie soit effectivement intervenue : Ulpien, l. 3, *ad ed.*, D. 2.2.3, § 3 ; Paul, l. 3, *ad Plaut.*, D. 2.14.32⁷ ; Ulpien l. 6, *ad ed.*, D. 3.2.6, § 5⁸ ; Papinien, l. 3, *resp.*, D. 3.5.31. (32), pr.⁹ ; Ulpien, l. 11, *ad ed.*, D. 4.4.13 pr.¹⁰ ; Celse, l. 6, *dig.*, D. 12.6.47¹¹ ; Ulpien, l. 29, *ad ed.*, D. 14.6.9 § 3¹² ; Ulpien, l. 29, *ad ed.*, D. 15.1.3, § 7¹³ ; Paul, l. 1, *ad Neratium*, D. 16.1.31¹⁴ ; Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.6, § 7¹⁵ ; Ulpien,

1. *Index Interpolationum*, *Supl.* I, col. 31.

2. *Ibid.*, t. I, col. 100, et *Supl.* I, col. 129.

3. *Ibid.*, t. I, col. 244.

4. *Ibid.*, t. I, col. 282.

5. *Ibid.*, t. I, col. 292.

6. *Ibid.*, t. I, col. 294-295.

7. *Ibid.*, *Supl.* I, col. 13 et *Supl.* I, col. 31.

8. *Ibid.*, t. I, col. 31, et *Supl.* I, col. 36.

9. *Ibid.*, t. I, col. 41, et *Supl.* I, col. 49-50.

10. *Ibid.*, t. I, col. 53, et *Supl.* I, col. 68 ;

11. *Ibid.*, t. I, col. 186.

12. *Ibid.*, t. I, col. 244.

13. *Ibid.*, t. I, col. 245.

14. *Ibid.*, t. I, col. 262.

15. *Ibid.*, t. I, col. 282.

ibidem, D. h. t. 8, § 8¹ ; Ulpien, *ibidem*, D. h. t. 10, § 12² ; Pomponius, l. 3, *ad Plautium*, D. h. t. 11 ; Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. h. t. 12, pr. et §§ 1, 2, 3, 4³ ; Ulpien *ibidem*, D. h. t. 14, pr., § 1⁴ ; Paul, l. 32, *ad ed.*, D. h. t. 26, §§ 3 et 4⁵ ; Ulpien, l. 14, *ad ed.*, D. h. t. 29, pr. et §§ 3 et 6⁶ ; Africain, l. 8, *quaest.*, D. h. t. 37⁷ ; Marcellus, l. *sing. resp.*, D. h. t. 38, § 1⁸ ; Pomponius, l. 3, *ad Plautium*, D. h. t. 47, pr., § 1⁹ ; Celse, l. 38, *dig.*, D. h. t. 50, pr.¹⁰ ; Javolenus, l. 9, *ex Cassio*, D. h. t. 51¹¹ ; Papinien, l. 3, *resp.*, D. h. t. 56, § 1 ; Papinien, l. 11, *resp.*, D. 20.1.2¹² ; Ulpien, l. 36, *ad ed.*, D. 26.7.9, § 1¹³ ; Africain, l. 2, *quaest.*, D. 28.5.47¹⁴ ; Ulpien, l. 23, *ad Sab.*, D. 30.49, § 5 ; Ulpien, l. 36, *dig.*, D. 34.3.11¹⁵ ; Ulpien, l. 44, *ad ed.*, D. 38.5.1, § 19¹⁶ ; Julien, l. 90, *dig.*, D. 46.1, § 18 ; Africain, l. 7, *quaest.*, D. h. t. 21, § 5 ; Ulpien, l. 11, *ad ed.*, D. h. t. 25¹⁷ ; Hermogenien, l. 2, *iuris epitomarum*, D. h. t. 64 ; Paul, l. 1, *ad Neratium*, D. h. t. 66 ; Tryphoninus, l. 9, *disput.*, D. h. t. 69 ; Celse, l. 24, *dig.*, D. 46.3.71, § 1 ; Papinien, l. 8, *quaest.*, D. h. t. 94, § 2 ; Julien, l. 55, *dig.* D. 46.7.14, § 1 ; Inst., 3.20, § 6 ; C. 2.23.1 (Sévère et Antonin, *a. d.* 194) ; C. 4.35.2 (Sé-

1. *Ibid.*, t. I, col. 283.

2. *Ibid.*, t. I, col. 284.

3. *Ibid.*, t. I, col. 284-285.

4. *Ibid.*, t. I, col. 286.

5. *Ibid.*, t. I, col. 287.

6. *Ibid.* t. I, col. 288-289.

7. *Ibid.*, t. I, col. 291.

8. *Ibid.*, t. I, col. 291.

9. *Ibid.*, t. I, col. 293.

10. *Ibid.*, t. I, col. 294.

11. *Ibid.*, t. I, col. 294.

12. *Ibid.* t. I, col. 381.

13. *Ibid.*, t. 2, col. 130.

14. *Ibid.* t. 2, col. 194.

15. *Ibid.* t. 2, col. 295.

16. Cf. Krüger. *Nova Supplementa adnotationum ad Digesta*, p. 992.

17. *Ibid.* *Supplementa*, p. 983.

vère et Antonin) ; et un texte étranger aux compilations de Justinien, mais probablement altéré : Gaius, inst., 3, 127.

A ces textes, M. Donatuti (*op. cit.*, p. 9) joint encore celui d'Ulpien, l. 45, *ad Sab.*, D. 46.1.4, pr., mais nous croyons que c'est à tort, car si l'alternative d'agir *vel mandati vel negotiorum* y est bien offerte à l'*adpromissor*, il est sous-entendu que ce n'est pas selon son choix, mais selon que l'imposent les circonstances qu'il aura l'une ou l'autre action ; de plus la loi d'Ulpien correspond à un autre fragment du même jurisconsulte et du même livre de ses commentaires : D. 3.5.4 lequel ne donne que l'action *negotiorum gestorum contraria*.

Pour autant que les textes de cette seconde catégorie tendent à concéder en principe l'action *mandati contraria* à l'*adpromissor* ou au *mandator* sous la seule condition que la garantie soit intervenue, ils doivent être considérés comme interpolés ainsi qu'il résulte de l'existence du troisième groupe de textes :

3° Textes n'accordant que l'action *negotiorum gestorum contraria* au garant lorsqu'entre lui et le tiers débiteur un mandat n'est pas intervenu : Ulpien, l. 45, *ad ed.*, D. 3.5.4 ; Ulpien, *ibidem*, D. h. t. 5, pr. ; Africain, l. 7, *quaest.*, D. h. t. 45 ; Paul, l. 11, *ad Sab.*, D. 17.1.20, § 1 ; Ulpien, l. 47, *ad Sab.*, D. h. t. 21¹ ; Paul, l. 32, *ad ed.*, D. h. t. 26, § 5² ; Julien, l. 4. *ex Minicio*, D. h. t. 33³ ; Julien, l. 51, *dig.*, D. 46.1.15, pr. (argument du mot *dedissem*).

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 286.

2. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 287.

3. *Ibid.*, t. I, col. 290.

A en juger par les témoignages que ces textes apportent, on pourrait à première vue conclure que tandis que les jurisconsultes de l'époque classique exigeaient qu'un véritable mandat fût intervenu, les Byzantins s'en passaient pour concéder l'action *contraria*; mais une pareille opinion serait encore trop absolue et nous croyons que la part de l'innovation byzantine fut bien moindre.

Paul, l. 11, *ad Sab.*, D.17.1.20, § 1 :

« *Fideiussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fideiusserit : nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum.* »

Ce texte offre le grand intérêt d'être le seul, en la matière, sur la pureté duquel on puisse absolument compter; or nous y voyons que si l'on cautionne de la dette d'un absent il n'y a pas mandat et partant pas d'action de mandat; il est intéressant de remarquer que *nam* se rapporte à *si pro absente fideiusserit* et la seule conclusion possible en est que le jurisconsulte eût considéré la présence du débiteur à l'acte comme entraînant mandat de sa part. Il s'agit évidemment d'une présence consentante et il est certain que si le tiers s'opposait à l'*adpromissio* ou au mandat de crédit il ne saurait être question d'un mandat.

Paul, l. 9, *ad ed.*, D. 17.1.40¹ :

« *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est...* »

Ce texte a été soupçonné par M. Frese² qui restitue :
[*praesente*] < *absente* > ... [*fideiusserim*] < *spoponderim* > [*nec... nec*] < *iudicium* > < *non* > *est*;

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 292.

2. *Mélanges Cornil*. t. I, p. 366, n. 4.

Sauf en ce qui concerne l'interpolation de *fideiusserim* il semble difficile de partager cette opinion, car les idées du jurisconsulte sont correctement exprimées dans leur rédaction actuelle tandis que l'on pourrait faire des objections à celle qui est proposée; en effet, il n'est pas nécessaire que l'on soit à la fois absent et *vetante*; soit la première soit la seconde condition suffit pour qu'il ne puisse pas y avoir mandat et la seconde seule suffit pour qu'il n'y ait pas gestion d'affaires; par conséquent si, comme le veut M. Frese, le texte ne se réfère qu'à la gestion d'affaires et exige les deux conditions, Paul en énonce une d'inutile; rien cependant ne nous permet d'attribuer une pareille étourderie au jurisconsulte¹; d'autre part il faut encore observer que les corrections proposées au texte se commandent les unes les autres de telle manière que chacune exige pour exister l'existence de celle qui la précède; au contraire si l'on admet le texte tel qu'il se trouve rédigé actuellement, l'esprit en est des plus intelligibles : la présence consentante à l'acte vaut un mandat; la présence non consentante ne vaut même pas gestion d'affaires.

Par conséquent, la présence et le consentement sont en droit classique les conditions à la fois nécessaires et suffisantes pour que le tiers débiteur soit considéré avoir donné mandat d'agir à celui qui garantit sa dette; quant à la réforme byzantine elle n'a fait que tendre à substituer la simple connaissance de cause à la présence² :

1. D'autant plus que dans la grande majorité des cas c'est justement l'absence qui provoque la gestion d'affaires.

2. Cf. Donatuti, *op. cit.*, p. 11.

Papinien, l. 3, *quaest.*, D. 17.1.53¹ :

« *Qui fide alterius pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos hebet iure mandati : quod si pro invito vel [ignorante] < absente > alterutrius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi... »*

La trace des Byzantins se révèle aisément dans le texte à ce que les conditions pour qu'il y ait action de mandat contre le tiers, qui sont celles du droit classique, ne sont pas symétriques à celles dans lesquelles cette action n'existe pas; c'est pourquoi il faut, comme l'a le premier démontré M. Donatuti², substituer *absente* à *ignorante*.

Les textes remaniés par les Byzantins et dans lesquels il importerait encore de faire les mêmes substitutions ou additions sont relativement nombreux, en dehors de ceux déjà mentionnés dans la seconde catégorie, on peut encore citer : Ulpien, l. 31, *ad ed.*, D. 17.1.6, § 2³ ; Ulpien, l. 47, *ad Sab.*, D. 17.1.21 ; Gordien, C. 4.35.6 (*a. d.* 238) ; et en ce qui concerne plus spécialement le mandat de crédit : Ulpien, l. 47, *ad Sab.*, D. 17.1.18⁴ que MM. Bortolucci et Donatuti croient de facture justinienne, mais que l'on pourrait peut-être admettre dans la forme suivante :

« *Qui < praesens > patitur ab alio mandari ut sibi credatur, mandare intellegitur.* »

En ce qui concerne le mandat qui se forme entre l'*adpromissor* et le tiers débiteur lorsque celui-ci est

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 294-295.

2. *Op. cit.*, p. 11.

3. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 282.

4. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 286.

présent et ne s'oppose pas à l'acte par lequel sa dette est garantie, nous ne croyons pas qu'il s'agisse d'une fiction. A la différence du droit byzantin qui, pour assurer ce mandat, ne demande que la connaissance de cause et le manque d'opposition, c'est-à-dire une position entièrement passive, il y a un élément actif dans la présence du débiteur à l'acte ; mais il importe plus encore d'observer que lorsqu'on s'entremet pour obtenir la concession d'un crédit à un tiers on gère ses affaires ; or, l'aboutissement normal de cette gestion étant la garantie, quand le tiers vient assister à l'acte même par lequel elle se fait, on peut considérer qu'il entend ratifier. Il se pourrait fort bien que ce soit là le véritable sens d'un texte d'Ulpien, 10, *disput.*, D. 50.17.60 :

« *Semper qui non prohibuit pro se intervenire mandare creditur. [Sed et] < nam > si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.* »

La rédaction que nous proposons a l'avantage de relier entre elles les deux idées exprimées par le jurisconsulte et par conséquent de rendre le texte plus vraisemblable, car il est difficile de croire qu'en une aussi courte sentence Ulpien se référerait à deux sujets aussi entièrement différents¹. C'est pourquoi en dehors des très importants arguments fournis par M. Donatuti nous croyons que, lorsque l'action *mandati contraria* compète au gérant, c'est une action *in ius* analogue à toute autre action née d'un mandat régu-

1. M. Collinet nous fait cependant observer que le cinquantième livre du Digeste étant composé de fragments disparates il se pourrait que les deux opinions mises par les compilateurs à la suite l'une de l'autre fussent prises à des passages différents de l'œuvre d'Ulpien.

lier¹. Quant à l'hypothèse avancée par Sokolowski² selon qui l'action *mandati contraria* aurait été donnée au *mandator pecuniae credendae* à l'imitation de celle qui était concédée à l'*adpromissor* il est peu sûr qu'elle soit fondée et il paraît plus logique de croire que des causes identiques ont donné dans deux opérations économiquement semblables des résultats pareils, sans qu'il ait été nécessaire à l'une des institutions de faire des emprunts à l'autre.

SECTION III.

EXTINCTION DU MANDAT DE CRÉDIT

A) Les causes générales d'extinction des mandats³ s'appliquent aussi aux mandats de crédit : a) la mort du mandant ou du mandataire (sauf transmission à leurs héritiers des obligations qui avaient déjà pu naître); b) la résiliation amiable; c) la révocation émanée du mandant n'éteint le mandat qu'autant qu'il n'a pas encore été accompli; d) la renonciation du mandataire quand il se trouve dans les conditions prescrites⁴; e) l'exécution; f) l'impossibilité générale d'exécution

1. Donatuti, *op. cit.*, p. 34 ss. En sens contraire l'argument le plus important était que M. Lenel (*Das Edictum Perpetuum* 2^e ed., § 109) avait constaté dans le commentaire de l'édit par Ulpien l'ordre suivant : 1^o action *mandati directa*; 2^o action *mandati contraria* en recours; 3^o action *mandati contraria*. Mais il est possible que cet ordre s'explique par le fait que, vu l'importance de la fonction récursoire de l'action *contraria* Ulpien a pu être amené à s'en occuper en premier. Cf. Bortolucci, *op. cit.*, p. 253, n. 1.

2. *Op. cit.*, p. 11.

3. Girard, *Manuel*, p. 623; Cuq, *Manuel*, p. 292.

4. Cf. Girard, *Manuel*, p. 623, et note 5.

(en faisant la restriction que le mandataire peut être responsable de l'impossibilité d'exécution survenue par sa faute); *g*) l'échéance du terme prévu par le contrat; *h*) la confusion entre la personne du mandant et celle du mandataire.

B) Certaines causes d'extinction sont spéciales au mandat de crédit : *a*) la confusion survenue entre la personne du mandant et celle du tiers débiteur; *b*) la confusion survenue entre la personne du mandataire et celle du tiers débiteur; *c*) l'impossibilité d'exécution survenue par la mort du tiers avant que le crédit lui ait été concédé; *d*) la novation de sa créance faite par le mandataire sans qu'il en ait reçu l'ordre; au sujet de cette dernière cause d'extinction une distinction pourrait paraître nécessaire; puisque le rapport juridique éteint par la novation est plutôt celui du tiers avec le mandataire que celui de ce dernier avec le mandant, logiquement le mandant ne devrait pouvoir opposer au mandataire qu'une exception fondée sur l'écart auquel il s'est livré; cependant une constitution de l'empereur Antonin est formelle :

C. 8.40 (41) 4 (a. d. 213) :

« *Novatione legitime perfecta debiti in alium translati prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur si modo in sequenti se non obligaverunt.* »

Il est probable que la mention qui est faite dans ce texte des *mandatores* est une adjonction byzantine et qu'en droit classique la solution donnée par le texte ne s'appliquait qu'aux *adpromissores* pour qui d'ailleurs

elle se comprend fort bien¹; de plus la restriction finale qui s'adapte au contrat verbal ne se comprend pour le mandat de crédit que si un ordre spécial était intervenu avant la novation.

1. Nous ne voulons pas encore dire par là que dans sa rédaction actuelle le texte est certainement classique en ce qui concerne les *adpromissores* puisque *si modo* est assez couramment considéré un critère d'interpolation (Cf. Guarneri Citati, *Indice delle Parole, Frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani* (Milan, 1927, p. 57).

CONCLUSION

Nous avons au cours de cette étude tenté d'établir les différences profondes qui, en droit classique, distinguent le mandat de crédit des autres procédés de garantie et notamment de la fidéjussion. Certes le but économique du mandat de crédit est pareil à celui de la fidéjussion, mais il n'en reste pas moins que le mandat de crédit classique est un contrat consensuel, pouvant par conséquent se former entre absents; c'est un contrat de bonne foi de caractère synallagmatique imparfait; de plus le mandat de crédit précède nécessairement l'obligation qu'il tend à garantir; quant à l'obligation qui en résulte, c'est une obligation indépendante et non pas accessoire, ce qui fait que le mandataire ne pourra pas se voir opposer par l'un de ses deux débiteurs les exceptions appartenant à l'autre de même que la *litis contestatio* intervenue avec l'un des débiteurs n'éteint pas l'obligation de l'autre.

Au contraire la fidéjussion classique résulte d'une stipulation et par là exige la présence du créancier et du fidéjusseur; c'est un contrat de droit strict de caractère unilatéral; la fidéjussion peut intervenir après la formation du contrat principal¹; l'obligation du fidé-

1. Cf. Guq, *Manuel*, p. 654, n. 1. L'obligation peut donc se former sans la volonté et même contre la volonté du fidéjusseur. Marcellus en conclut que le maître qui s'est porté fidéjusseur de son esclave n'est pas tenu de l'action *quod iussu* (ap. Ulpien, 1.29, *ad ed.*, D. 15.4.1, § 5). Il en est autrement s'il a donné mandat.

jusseur est l'accessoire de celle du débiteur principal et par conséquent le fidéjusseur peut en principe invoquer les exceptions du débiteur principal et peut de même se prévaloir de l'effet extinctif de la *litis contestatio* entre ce dernier et le créancier.

Aussi l'unanimité des auteurs s'accorde-t-elle pour reconnaître l'origine byzantine de la maxime mise par les compilateurs sous l'autorité de Julien, l. 3, *ad Urseium Ferozem*, D. 17.1.32¹ :

« neque enim multo referre praesens qui interrogatus fideiubeat an absens vel praesens mandet². »

Mais si l'assimilation contenue dans ce texte est fausse pour le droit classique elle l'est beaucoup moins pour le droit de Justinien; en effet nous avons vu que le mandat de crédit a perdu successivement ses caractères essentiels, devenant une obligation accessoire et procurant au mandant le bénéfice de division pour finalement se rapprocher à l'extrême de la fidéjussion. Ce serait cependant une erreur que de croire que le mandat de crédit fut seul à parcourir le chemin qui le séparait de la fidéjussion; l'obligation de l'*adpromissor* résultant d'un contrat verbal évolua aussi et cette évolution ne fut certainement pas étrangère à l'assimilation progressive des deux institutions; mais ce qui par-dessus tout y contribua, ce furent les mesures générales prises par Justinien et qui en considération du but économiquement semblable du mandat de crédit et de la fidéjussion, mais en méconnaissance de

1. Cf. *Index Interpolationum*, t. I, col. 290.

2. Il est curieux de rapprocher ce texte de celui tout aussi exagéré qui se trouve au D. 20.5, § 1. Marcien *libro singulari ad formulam hypothecarem* : « *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.* »

leurs fondements juridiques différents, leur furent appliquées sans distinction, comme il en a été par exemple du bénéfice de discussion.

Somme toute, à l'époque byzantine le mandat de crédit ne diffère plus de la fidéjussion qu'en tant qu'il demeure un contrat de bonne foi nécessairement antérieur à l'acte garanti et ne requérant pas pour sa conclusion la présence des parties¹; aussi peut-on dire que sous Justinien le mandat de crédit n'est plus qu'une variante de la fidéjussion, les éléments essentiels qui l'en distinguaient se trouvant soit supprimés, soit réduits à leur plus simple expression.

1. Encore cette condition des contrats verbaux est-elle comprise de manière bien large sous Justinien.

Vu,
le Doyen,
H. BERTHÉLEMY

Vu, bon à imprimer :
Le Président de Thèse,
P. COLLINET

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY

BIBLIOGRAPHIE

- Accarias.** — *Précis de Droit Romain* (4^e édition), t. II.
- Appleton.** — *La source des Institutes de Justinien* (Rev. gén. de droit, 1891.)
- *Les négations intruses ou omises dans le manuscrit des Pandectes Florentines* (N. R. H., t. 40, 1916.)
- Arangio-Ruiz.** — *La Clasificazione Gaiana delle Fonte di Obligazione.* (Mélanges Cornil, t. Ier.)
- Arudts.** — *Pandekten* (13^e éd. Stuttgart, 1886.)
- Beauchet.** — *Le droit de la république athénienne* (Paris, 1897), t. IV.
- Beseler.** — *Miszellen* (Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, t. 43, 1922).
- *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* (Tübingen, 1913), t. III.
- Bortolucci.** — *Il mandato de credito.* (Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano, t. 27, 1915 et t. 28, 1916.)
- Brinz.** — *Lehrbuch der Pandekten* (1882.)
- Cocceji.** — *Jus civile controversum* (Leipzig, 1791.)
- Courtray.** — *Le Mandat de Crédit* (thèse, Paris, 1892).
- Cujas.** — *Opera omnia* (Naples, 1722), t. II et III.
- Cuq.** — Art. *Intercessio* dans *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, t. III.
- Deloune.** — *Les Manieurs d'argent à Rome* (Paris, 1889.)
- Deruburg et Sokolowski.** — *System des Römischen Rechts* (Berlin, 1912.)
- *Pandekten* (Berlin, 1912), t. II.
- Eisele.** — Article critique dans *Zeitschrift der Sav.Stift*, t. 13, 1892.
- *Über die Haftung des einen Korrealschuldners für « culpa » und « mora » des andern.* (Archiv. für die civilistische Praxis, N. F., t. 34, 1895.)

- Ferrini.** — *Sulle Fonte delle Istituzioni di Giustiniano* (*Bullettino dell' Istituto de dir. Rom.* t. 13, 1900 — *Opere* t. II.)
— *Pandette* (Milan, 1900.)
- Förster.** — *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1903.)
- Frese.** — *Prokuratur und negotiorum gestio* (*Mélanges Cornil*, t. Ier.)
- Geib.** — *Zur Dogmatik des Römischen Burgschaftsrecht* (Tübingen, 1894.)
- Gesterding.** — *Neue und alle Irrtümer* (Greifswals, 1818.)
- Girtanner.** — *Die Burgschaft nach gemeinen Civitrecht* (Iena, 1851).
- Glück.** — *Commentario alle Pandette* (Milan, 1904), t. XIV-XVII.
- Gradewitz.** — *Miszellen* (*Zeitschrift der Sav. Stift.* R. A. 27-1906).
- Haberstich.** — *Manuel du droit fédéral des obligations* (trad. Ch. Gillieron, 1886), t. II.
- Höpfner.** — *Commentar über die Inst.* (Frankfort A. M., 1818).
- Hubrecht.** — *Quelques observations sur la nature de la délégation en droit romain* (*Rev. gén. de droit*, 1931, Extrait).
- Huschke.** — *Die Lehre des Röm. Rechts vom Darlehn* (Stuttgart, 1882).
- Huvelin.** — *Art. Obligatio dans Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, t. IV.
- Jacoby.** — *Die Kreditverkündigung* (Berlin, 1891).
- Halb.** — *Über die lateinisch schreibenden Juristen* (*Jahresbericht über die Fortschritte der Klassischen Altertumswissenschaft*, t. 109, 1901).
- Köstich.** — *Der Kreditauftrag* (Leipzig, 1912).
- Krüger.** — *Article critique dans Kritisch Vierteljahresschrift*, N. F. t. XV (1892).
- Kübler.** — *Article critique dans Zeitschrift der Sav. Stift. R. A.*, t. 23, 1902.
- Le Saché.** — *Du mandat pecuniae credendae* (thèse, Paris, 1890).
- Lipmann.** — *Der Kreditauftrag des B. G. B.* (*Ihering's Jahrbücher*, t. 48, 1904).
- Maucalearoni.** — *Mandat tua gratia e consilium* (*Rivista italiana per le sc. giur.*, t. 27, 1899).

- Mode.** — *Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen Dritte Personen* (Berlin, 1897).
- Oesterley.** — *Über das mandatum qualificatum* (Göttingen, 1891).
- Partsch.** — *Studien zum negotiorum gestio* (Heidelberg, 1913), t. Ier.
- Perozzi.** — *Istituzioni di diritto romano* (Rome, 1928), t. II.
- Puchta.** — *Vorlesung über d. heutig. röm. Recht*, t. 2.
- Rothenberg.** — *Der Kreditauftrag* (Archiv. f. d. civ. Praxis, t. 77, 1891).
- Rotondi.** — *Scritti giuridici*, t. II (a cura di E. Albertario), Milan, 1922.
- Segré.** — *Studi sul concetto del negozio giuridico* (Rivista ital. per le sc. giur., t. 28, 1900).
- Sokolowski.** — *Die Mandatsburgschaft* (Halle, 1891).
- Stammler.** — *Der Garantievertrag* (Archiv f. d. civ. Praxis, t. 69, 1885).
- Stoll.** — Article critique dans *Zeitschrift der Sav. Stift. R. A.* t. 47, 1927.
- Tewes.** — *Haftung aus Rath und Empfehlung* (Archiv f. d. civ. Praxis, t. 51, 1868).
- Thibaut.** — *System des Pandekten Rechts* (Iena, 1818).
— *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts* (Iena, 1817).
- Thur (V.).** — *Actio de in rem verso* (Leipzig, 1895).
- Unger.** — *Handeln auf fremde Gefahr* (Ihering's Jahrbücher), t. 33 (1894).
- Unterholzner.** — *Lehre v. d. Schuldverhältnisse* (Leipzig, 1840).
- Vaucherow.** — *Lehrbuch der Pandekten* (Leipzig, 1869), t. II et III.
- Wächter.** — *Pandekten* (Leipzig, 1881), t. II.
- Weidemann.** — *Der Kreditauftrag* (Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht, t. 53, 1903).
- Windscheid.** — *Lehrbuch des Pandektenrechts* (6^e éd., Francfort, 1887).
- Zachariae.** — *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinians Juristen* (Zeitschrift der Sav. Stift. t. 6, 1885).

TABLE DES TEXTES CITÉS

Digeste

- | | |
|---|---|
| <p>2 2. 3 § 3 (p. 152); 14.32 (p. 152).
 3 2.6 § 5 (p. 152); 5.4 (p. 154);
 5.5 <i>pr.</i> (p. 154); 5.5 § 11 (p. 55);
 5.27 (p. 58, 116) 5.31 (p. 152);
 5.45. (p. 154).
 4 3.7 § 10 (p. 22); 3.8 (p. 22);
 4.13 <i>pr.</i> (p. 105, 127, 132, 152).
 7 5.8 (p. 152).
 12 6.47 (p. 152).
 14 3.19 § 4 (p. 84); 5.7 (p. 141);
 6.9 § 3 (p. 131, 152).
 15 1.3 § 7 (p. 152); 4.1 § 1 (p. 77);
 4.1 § 3 (p. 81); 4.1 § 5 (p. 85,
 162 ⁽¹⁾).
 16 1.2. § 1 (p. 107); 1.11 (p. 110);
 1.19 <i>pr.</i> (p. 111); 1.19 § 1
 (p. 66, 111); 1.19 § 2 (p. 66,
 111); 1.25 <i>pr.</i> (p. 88); 1.25
 § 1 (p. 88); 1.30 <i>pr.</i> (p. 108);
 1.30 § 1 (p. 108); 1.31 (p. 152)
 3.1 § 14 (p. 30, 78); 3.24
 (p. 97 ⁽²⁾);
 17 1.1. § 2 (p. 26); 1.1. § 4 (p. 70);
 1.2 <i>pr.</i> (p. 18, 33); 1.2 § 5
 (p. 35); 1.2 § 6 (p. 21, 25);
 1.6 § 2 (p. 115 ⁽³⁾, 157); 1.6 § 4
 (p. 19, 24, 42, 44, 48, 50,
 59, 118); 1.6 § 5 (p. 19, 24,
 38, 39, 44, 48, 50); 1.6 § 6
 (p. 78, 79); 1.6 § 7 (p. 70 ⁽¹⁾,
 152); 1.8 § 3 (p. 115); 1.8. § 4
 (p. 117); 1.8 § 6 (p. 29, 58,
 59, 74, 115); 1.8 § 8 (p. 153);
 1.8 § 10 (p. 69); 1. 10 § 7
 (p. 21); 1.10 § 12 (p. 153);</p> | <p>1.11 (p. 153); 1.12 <i>pr.</i> (p. 153,
 1.12 § 11 (p. 101); 1.12 § 12
 (p. 97); 1.12 § 13 (p. 127);
 1.14 <i>pr.</i> (p. 153); 1.14 § 1
 (p. 153); 1.16 (p. 60); 1.18
 (p. 96, 115 ⁽⁴⁾, 150, 157); 1.19
 (p. 26); 1.20 <i>pr.</i> (p. 134,
 140); 1.20 § 1 (p. 155); 1.21.
 (p. 154, 155, 157); 1.22 § 4
 (p. 39, 51, 61); 1.26 § 3 (p.
 153); 1.26 § 4 (p. 153); 1.26
 § 5 (p. 154); 1.27 <i>pr.</i> (p. 61);
 1.27 § 5 (p. 124 ⁽¹⁾, 140); 1.28
 (p. 124); 1.29 <i>pr.</i> (p. 153);
 1.29 § 3 (p. 153); 1.29 § 6 (p.
 153); 1.32 (p. 26, 105, 111 ⁽⁵⁾,
 163); 1.33 (p. 136, 154); 1.34
 § 1 (p. 61); 1.37 (p. 153);
 1.38 § 1 (p. 153); 1.40 (p. 152,
 155); 1.41 (p. 114); 1.47 <i>pr.</i>
 (p. 153); 1.47 § 1 (p. 153);
 1.48 § 1 (p. 36, 41, 43, 47,
 50, 52, 69); 1.48 § 2 (p. 36,
 41, 43, 44, 45, 47, 50, 69);
 1.49 (p. 114); 1.50 <i>pr.</i> (p. 153);
 1.51 (p. 153); 1.53 (p. 152,
 157); 1.56 <i>pr.</i> (p. 96, 141);
 1.56 § 1 (p. 153); 1.58 § 1
 (p. 128, 131); 1.59 § 3 (p.
 147); 1.59 § 5 (p. 64, 96,
 98, 137); 1.59 § 6 (p. 136);
 1.60 <i>pr.</i> (p. 142 ⁽¹⁾); 1.62 § 1
 (p. 119, 136).
 20 1.2. (p. 153).
 26 7.9 § 1 (p. 153).
 27 7.7 (p. 144).
 28 5.47 § 12 (p. 153).</p> |
|---|---|

- 30 49 § 5 (p. 153).
 34 3.11 (p.153).
 39 5.2 pr. (p. 90).
 43 24.6 (p. 78, 79).
 45 1.88 (p. 89 ⁽¹⁾); 1.91 § 4 (p.88);
 1.91 § 5 (p. 89)
 46 1.4 pr. (p. 154); 1.4 § 1 (p.
 126); 1.10 § 2 (p. 87); 1.13
 (p. 123); 1.15 pr. (p. 154);
 1.16 § 4 (p.84); 1.18 (p. 153);
 1.21 § 5 (p. 153); 1.24 (p.96,
 98, 137); 1.25 (p. 132, 153);
 1.32 (p. 133); 1.41 § 1 (p.
 147); 1.52 § 3 (p. 146); 1.61
 (p. 137); 1.64 (p. 153); 1.66
 (p. 153); 1.69 (p. 153); 1.71
 pr. (p. 130); 1.71 § 2 (p. 71,
 136); 3.12 § 4 (p. 104 ⁽¹⁾);
 3.71 § 1 (p. 153); 3.94 § 2
 (p. 153); 3.95 § 10 (p. 124);
 3. 95 § 11 (p. 127, 135);
 3.108 (78. 79); 5.7 (p. 93);
 7.14 § 1 (p. 153).
 50 14.2 (p. 21); 16.178 pr. (p.7 ⁽¹⁾);
 17.47 pr (p. 21); 17.60 (p.
 104 ⁽¹⁾), 1153, 150, 158).

Institutes.

- 3 20.6 (p. 153); 26 pr (p. 18,
 33); 26.3 (p. 7); 26.5 (p. 7,
 35); 26.6 (p. 21, 41).

Code.

- 2 23.1 (p. 153).
 4 18.3 (p. 143, 145); 29.4 (p.
 108); 30.12 (p. 132); 35.2
 (p. 153); 35.6 (p. 157); 35.7
 (p. 63, 96, 142⁽¹⁾); 65.30 (p. 75,
 112); 65.31 (p. 75, 112)
 5 20.1 (p. 104); 20.2 (p. 104).
 6 24.3 (p. 77)
 8 40.4 (p. 160); 40.22 (p. 96,
 136); 40.23 (p. 142 ⁽¹⁾, 148).

Institutes de Gaius.

- 3 127 (p. 154); 155 (p. 17, 36,
 52, 57, 119); 156 (p. 18, 25,
 36, 40, 45); 157 (p. 101).

Sentences de Paul

- 1 4.3.(p. 134).
 2 17.16 (p. 138).

Théophile. Paraphr. Inst.

- 3 26.6 (p. 40, 49).

Basiliques

- 18 8.1-scolie 6 (p.81).

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	7
I. Le mandat de crédit	7
II. Le mandat de crédit et la doctrine	9
 Chapitre Premier. — La nature juridique du mandat de crédit	17
<i>Section I. — Mandat de crédit et mandat « tua gratia »</i>	17
A) Le mandat <i>tua gratia</i> est toujours nul	19
a) Nullité du conseil	21
b) Nullité du mandat <i>tua gratia</i>	23
B) Le mandat de crédit n'est pas un mandat <i>tua gratia</i>	34
<i>Section II. — Validité du mandat de crédit</i>	50
A) Le <i>negotium proprium</i> du mandat	50
B) Le fondement juridique du mandat de crédit	62
<i>Section III. — Les effets du mandat de crédit par rapport à ceux du mandat ordinaire</i>	66
A) Particularités tenant à l'objet du mandat de crédit	67
B) L'action <i>mandati directa</i>	73
 Chapitre II. — Les origines du mandat de crédit	76
A) Le <i>iussum</i> et le mandat de crédit	76
B) Théorie sur l'origine « réelle » du mandat de crédit	91
C) Origine probable du mandat de crédit	94
 Chapitre III. — Fonctionnement du mandat de crédit	100
<i>Section I. — Conditions de validité</i>	100
A) Objet	100
B) Volonté de s'obliger	105
C) Capacité	107
<i>Section II. — Effets du mandat de crédit</i>	112
A) Rapports du mandant et du mandataire	112
a) L'action <i>mandati directa</i> pour forcer à l'exécution	115
b) L'action <i>mandati directa</i> pour demander la cession d'ac- tions	119
c) Les exceptions opposables au mandataire par le mandant	123
B) Rapports du mandataire avec le mandant	133
C) Rapports du mandataire et du tiers débiteur	149
D) Rapports du mandant et du tiers débiteur	149
<i>Section III. — Extinction du mandat de crédit</i>	159
 Conclusion	163

Les Editions Domat-Montchrestien, 160, rue Saint-Jacques, Paris.
